

論 説

EU における国際合併の法理論

伊達 竜太郎

I はじめに（日本法の状況）

II EU 法

1 開業の自由（Freedom of establishment）と各加盟国における
会社法の調和化のための指令（Harmonization Directives）

2 会社従属法（Gesellschaftsstatut）

3 欧州会社（SE：Societas Europaea）

(1) SE の概要

(2) SE を活用する国際合併

4 EU 会社法第 10 指令（国際合併指令）

(1) 序論

(2) EU 会社法第 10 指令（国際合併指令）の諸規定

5 開業自由と国際合併をめぐる欧州司法裁判所における判決

(1) SEVIC 判決

(2) SEVIC 判決の研究

III 結び

I はじめに（日本法の状況）

近年のグローバル化の進展により、企業は国際競争力の強化を念頭に置いて、国境を超える企業組織再編を視野に入れて、企業活動を推進していく必要性が増している。このような状況を背景に、世界的には大型の国際的な企業間合併¹が実行されている。例えば、「国際合併²」の中には、

1 合併とは、2つ以上の会社（合併当事会社）が契約（合併契約）を締結して行う行為であり、合併当事会社の一部（吸収合併）または全部（新設合併）が解散し、解散会社の権利義務の

1998年のドイツのダイムラー・ベンツ社とアメリカのデラウェア州法人であるクライスラー社との大型な企業間同士の国際統合事例³も登場し、当時の世界的な注目を浴びた。ただし、わが国の国際合併をめぐる状況として、日本法を従属会社とする内国会社が、存続会社または消滅会社に含まれた直接的な国際合併の事例はあまり存在しておらず、外国会社同士の国際合併が行われているという現状である⁴。

まず、従来のわが国における商法の学説の状況を鑑みると、直接的な国際合併という組織法的な企業再編を行うことは、そもそも日本法上想定さ

全部が清算手続を経ることなく、存続会社（吸収合併）または新設会社（新設合併）に包括的に承継される効果を持つものである（江頭憲治郎『株式会社法〔第6版〕』842 - 843頁（有斐閣、2015））。このように、合併を実行するための手法には、当事会社の一方が存続して他方の消滅する会社を吸収する場合（吸収合併）と、当事会社の全てが消滅して新しい会社を設立する場合（新設合併）とがある。実際には、前者の吸収合併の制度が実務上よく利用されているという状況に鑑み、本稿においては、主に吸収合併を念頭に置いている。

また、この合併の定義において、「解散会社の株主が存続会社に承継される」という点が指摘される場合もあるが、交付金合併の局面においては直接当てはまる考え方ではない。つまり、「交付金合併（cash-out merger）」とは、合併当事会社が締結する合併契約において、合併対価につき、消滅会社の株主に対して金銭を交付するが、株式を割り当てない合併のことである。そこでは、例えば、合併対価が金銭であることによって、解散会社の株主が存続会社に承継されるということはなく、金銭を交付された株主にとって、合併成立後は存続会社の株主としては存在しないことになる。

2 国際合併とは、内国会社（例えば、日本の法令に準拠して設立された会社）と、外国会社（例えば、外国の法令に準拠して設立された会社）との合併のように、合併の各当事会社が異なる国や法域の法に従う場合をいうものである。国際合併の類型としては、①完全に独立の会社同士で国際合併が行われる場合、②既に存続会社が消滅会社の株式の多くを取得している状況で合併されるように、会社従属法が異なる親子会社間で国際合併が実行される場合、③ある会社の子会社同士が国際合併を行う場合等が想定される。このような企業組織再編を行う内国会社と外国会社は、議論を複雑にしないためにも、便宜上、株式会社とする。

3 本事案においては、ドイツ法の下での国際 M & A を行う法リスクが大きかった。そのために、デラウェア州法の下で三角合併等の手段を用いることで、一国の法制度の範囲内において、内国会社同士の合併を採用することにより、国際合併を完成させていた。この点に関しては、長田真里＝小塚荘一郎「国際的な企業結合のプランニング－ダイムラー・クライスラー社の事例－」商事 1665 号 4 頁（2003）参照。ただし、このような世界的に注目されて世紀の大合併とも称された本国際合併は、統合された 9 年後の 2007 年、業績不振等の原因によって、ダイムラー社は、クライスラー部門をアメリカの投資会社サーベラス・キャピタル・マネジメントに売却したことで、結果として統合が解消された。

4 MEREDITH M. BROWN, INTERNATIONAL MERGERS AND ACQUISITIONS: AN INTRODUCTION 6-7 (1999). この点に関連して、広義の国際的な企業組織再編は、従来から数多く行われている。つまり、国際的な企業買収（公開買付や株式譲渡等の活用）は、日産・ルノーの事例、西友・ウォールマートの事例等があるように、わが国においても現実に実行されてきた。ただし、これらの国際的な企業組織再編は、複数の会社が 1 つの会社に集約される場合（合併）や、100% 親子会社関係を創設する場合（株式交換や株式移転）を含むものではなかった。

なお、本稿においては、様々な企業組織再編行為の中でも、基本的に「合併」を取りあげて議論を展開していく。なぜなら、本稿でも示していくように、「合併」という現象を考察

れておらず、認められないと主張されていた⁵。また、わが国において、この国際合併の問題に関して取り扱った判例は見当たらないのが現状である。

しかし、理論的な観点からは、従来の国際合併を否定的に解してきた学説に異論を提起し、国際合併の法的対応はわが国においても十分に可能であり、解釈上も認められるべきであるとの見解が有力に主張されていた⁶。さらに、実務的な観点からは、様々な国際間の M&A 取引のニーズがあるが、このニーズを実現するために用いられる他の代替手段が不十分であることから、国際合併を利用する必要性が十分にあるとも指摘されていた⁷。

このような状況の中で、2005 年の会社法改正により、合併局面における合併対価に関する重要な改正が行われた。すなわち、例えば、吸収合併の手法においては、存続会社の株式を消滅会社の株主に割り当てることはせず、金銭等のみを交付する合併対価の柔軟化が認められた⁸。そのことに伴い、国際的な企業組織再編のツールの一つとして、合併対価について、

していくと、特に「国際合併」のテーマでは、わが国において、理論的にも実務的にも、未だ議論が尽くされていない会社従属法をめぐる論点が残されており、私見として、その方向性を提示していくことで、企業組織再編行為の本質が明らかになる側面があると思われるからである。

5 石井照久『会社法〔商法Ⅲ〕』333 頁（勁草書房、1967）、上柳克郎『会社法・手形法論集』180 頁（有斐閣、1980）、龍田節「国際化と企業組織法」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座第二巻－企業組織』317 頁（1985）。

6 落合誠一「国際的合併の法的対応」ジュリ 1175 号 36 頁以下（2000）、江頭憲治郎「商法規定の国際的適用関係」国際私法年報 2 号 136 頁以下（2000）、早川勝「企業結合・企業再編に関する法規制の現状と課題」同法 55 巻 3 号 7 頁（2003）。

7 瓜生健太郎＝山田寛「外国会社との合併・株式交換をめぐる法的規律〔Ⅱ〕実務的な観点からの分析」商事 1623 号 38 頁（2002）。そこでは、国際合併に関する他の代替手段として、例えば、合併が、消滅会社の全資産の存続会社への移転と存続会社株式の消滅会社株主への移転を含む手続であると想定される場合、消滅会社の事業の現物出資による存続会社の新株発行および消滅会社の解散・清算による消滅会社株主への存続会社株式の分配という手法等が考えられる。しかし、このような代替手段の実際にかかる時間や費用等のコストは相当なものであり、採用される可能性は低いことが指摘される。

また、国際 M&A 実務において、合併を選択する理由で最も重要な要素である「包括承継」の効果が得られるか不明確な場合は、国際合併を選択する合理性は少ないとの指摘もある（武井一浩「国際会社法－Ⅱ．国際会社法をめぐる実務上の諸問題」商事 1706 号 14 頁（2004））。

8 2005 年の会社法改正前の状況として、合併対価の柔軟化が認められているかについては学説上の争いがあり、従来から否定的な見解も多かった。例えば、竹田省「現金の交付を伴う会社合併」『商法の理論と解釈』257 頁（有斐閣、1956）、龍田節「株主総会における議決権ないし多数決の濫用」『権利の濫用〔中〕－末川博先生古希記念』133 頁（有斐閣、1963）、服部栄三「吸収合併と新株発行」法学 30 巻 3 号 14 頁（1966）、大隅健一郎「会社合併の本質」『会社法の諸問題〔新版〕』377 頁以下（有信堂、1983）、中東正文「アメリカにおける締め出し合併とテイクオーバー（4・完）」名法 140 号 470 頁（1992）、中東正文「M & A 法制の現代的課題〔上〕」商事 1658 号 12 頁（2003）参照。改正前商法時代においては、このような合

外国会社の親会社株式・現金・債券等を交付することが可能となり、三角合併を実行することが可能となった⁹。国際的な局面における三角合併¹⁰とは、A 外国会社が、日本に S 子会社を設立し、合併対価として、A 会社の外国株式を S 子会社に移動し、その対価を、既に設立されていた別の T 内国会社に交付することにより成立する。つまり、S 会社が存続会社で T 会社は消滅会社となる合併が行われ、結果として、A 会社と S 会社の国際的な親子会社の関係が創設される¹¹。このように、2005 年の会社法改正に伴う三角合併の活用によって、外国会社の日本子会社と、被買収企業である内国会社の合併等の手法が活用できるようになったことは、国際的な企業組織再編の側面から画期的な改正であった。

国際的な企業組織再編を促進するという側面からは、このような改正は肯定的に評価されると思われる。そもそも三角合併のメリットとしては、外国会社が関係する場合、実質的には国際的な企業組織再編行為であるが、

併対価が会社の株式に限定される見解を前提にして、各種の規律が設けられていた。

他方で、このような合併対価の柔軟化を肯定する見解も有力に主張されていた。例えば、江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』259 頁以下（有斐閣、1995）、柴田和史「合併法理の再構成（6・完）－吸収合併における合併対価の検討－」法協 107 巻 1 号 58 頁以下（1990）参照。なお、合併対価の柔軟化に関しては、国内外からの実務的な要望が強くなされたこと等によって、法制審議会の会社法（現代化関係）部会においても中心的な論点の一つとして検討されていた。2003 年 10 月の「会社法制の現代化に関する要綱試案」への意見においても、合併対価の柔軟化に賛成する意見が多数であった。

9 合併対価については、「財産」と評価できるものであればよく、それ以外に特別な制限が設けられている訳ではない（会社法 749 条 1 項 2 号・751 条 1 項 3 号・758 条 4 号・760 条 5 号等）。

10 三角合併に関する国内文献としては、中東正文「アメリカ法上の三角合併と株式交換」中京 28 巻 2 号 1 頁（1994）、落合誠一「合併等対価の柔軟化と M&A 法制の方向性」企会 59 巻 8 号 1098 頁（2007）、中山龍太郎「外国会社による三角合併利用に係る実務上の課題」商事 1802 号 24 頁（2007）、早川吉尚「国際 M&A を巡る国際私法上の問題と三角合併」企会 59 巻 8 号 1105 頁（2007）、弥永真生「諸外国における三角合併に関する制度との比較」企会 59 巻 8 号 1112 頁（2007）参照。

11 なお、三角合併には、対象会社（T）、買収会社（A）、買収会社の完全子会社（S）という関係において、いずれが存続会社になるかによって 2 つの類型が存在する。それは、① S が存続会社となる正三角合併（forward triangular merger）と、② T が存続会社となる逆三角合併（reverse triangular merger）と呼ばれる手法である。2005 年の会社法改正における三角合併の活用とは、正三角合併の導入を意味しており、逆三角合併の手法を活用できるものではない。

実際にも、会社法改正後、これに類似した国際的な三角株式交換の手法が活用された。この事例に関しては、谷川達也＝清水誠「シティグループと日興コーディアルグループによる三角株式交換等の概要」〔上〕〔下〕商事 1832 号 55 頁、1833 号 19 頁（2008）参照。国際的な三角株式交換については、森本滋編集『会社法コメンタール（17）』412 頁以下〔中東正文〕（商事法務、2010）参照。

形式的には内国会社同士の合併であり、1つの法域の法適用に集約することで、一定程度、抵触法上の問題を回避することができ、法適用の複雑さを避けることができると思われる。逆に、三角合併のデメリットとしては、三角合併の手法によって、事後的に国際的な親子会社関係が形成され、複数の法域に会社を存続させることで、法適用の複雑さを助長するおそれが生じるようにも思われる。例えば、三角合併が実行された後に、国際的な親子会社関係が存在するような場合、子会社役員の責任を親会社株主が追及したいならば、どの法域の法律を適用し、どのように紛争を解決すればよいのか等の問題において、未だ不分明な点が残されている。そこで、国際的な親子会社関係を規律する法制が確立していないわが国の現状で、三角合併のみに限定した法制度で、果たして十分なのであろうかという問題が提起されるように思われる¹²。

なお、会社法改正により、このような三角合併という間接的な国際合併の手法を活用できるようになったが、外国会社と内国会社が直接的に国際合併を行うことが認められた訳ではない¹³。三角合併の活用により、国際的な企業組織再編を行うという実務上の要望には、一定程度、応えられているが、直接的な国際合併に関する理論的な議論をさらに詰めておく必要があると思われる。

もちろん直接的な国際合併を実行する際の法適用の複雑さに関しては、未だ解決していない問題も存在する。ただし、直接的な国際合併のメリットとしては、合併を実行した後は、基本的に、一つの法域の法適用に集約できることが挙げられるように思われる。例えば、異なる準拠法で設立された国際的な親子会社関係が存在するような場合、親子会社間で準拠法が異なる状況を解消して、1つの準拠法の適用に集約させるために、直接的な国際合併の手法を活用すること等が、実務上のニーズとして考えられる。

12 そこで、三角合併が制定されている現行の会社法制の範囲内で検討する場合、まず初めに、国際的な親子会社関係を規律する法制度を確立するための議論が先決であるという主張も想定されうる。

13 2005年の会社法改正においては、外国会社と内国会社が直接的に実行する国際合併や国際株式交換を利用した国際的な企業組織再編制度の導入は見送られた。

このような手法は、三角合併のデメリットを補完する機能を有すると思われる¹⁴。

なお、直接的な国際合併を実行する場合、想定されるパターンは2つある。それは、①内国会社が存続会社になり、外国会社が消滅会社になるというパターンと、②外国会社が存続会社になり、内国会社が消滅会社になるというパターンである。本稿が想定するのは、主に、②外国会社が存続会社になり、日本の会社が消滅会社になる場合とする。なぜなら、②の場合においては、①の場合に比べて、内国会社の株主や債権者等の利害関係者保護に問題が生じるからである。つまり、国際合併によって、日本の会社は消滅することになるので、これまで日本法によって規律されていた日本の会社の利害関係者の法律関係が、国際合併の成立後は、基本的に、存続会社である外国会社の従属法によって規律されることになるからである。

また、国際合併に関するルール作りに関しては、EUが世界の中でも先進的な役割を演じている¹⁵。本稿のⅡで紹介および検討するように、EUにおける国際合併の法的根拠としては、①国際合併に関するEU会社法第10指令・②SEを活用する国際合併規則・③欧州司法裁判所で判断されたSEVIC判決に基づくEU機能条約（旧EC条約）の規定の3つが挙げられる。本稿においては、このような3つの規定を中心に、EUにおける国際合併の法理論を明らかにしていく。

それでは、ここで、外国法を従属法とする存続会社である外国会社が、日本法を従属法とする消滅会社である内国会社と直接的な国際合併を実行する場合、いかなる法的問題が生じる可能性があり、その問題に対しては、どのように妥当な法的対応が導かれるべきであろうか。

国際合併という渉外的私法関係の局面においては、2つの基本的側面からの考察が必要となる。まず、第1の側面としては、渉外的私法関係を規

14 国際的な企業組織再編におけるオプションを増やすことで、会社運営の自由度を高めて、利害関係者の利便性を向上させようならば、直接的な国際合併の議論を積み重ねておくことも有益であると思われる。

15 なお、アメリカにおける国際合併と準拠法選択の議論としては、伊達竜太郎「国際的合併に関する一考察～アメリカにおける会社設立と契約局面における法選択の議論を題材にして～」法政論叢47巻2号1頁（2011）参照。

律する法を日本法とすべきか、それとも外国法とすべきかという法選択の問題を取り扱う、準拠法決定の問題、いわゆる国際私法上の問題である。次に、第2の側面としては、準拠法として選択された国の法において、法律関係の内容を直接に規律する実質法上の問題である。本稿においても、この2つの視点を考慮に入れた上で議論を展開していく。

II EU 法

1 開業の自由 (Freedom of Establishment) と各加盟国における会社法の調和化のための指令 (Harmonization Directives)

European Union (以下、「EU」という)の加盟国は、「単一の欧州市場」へ移行することに合意しているが、このことは、国境を越えて自由に取引するための障壁をできるだけ多く取り除くことを意味する。そこで、EUにおける主要な目的としては、EU域内の単一市場で、「物」・「人」・「サービス」・「資本」の自由な移動への障壁を取り除くことで、各加盟国間の会社法相互において横たわる相違を解消し、効率的な資源配分を達成することである¹⁶。EU域内に所在する企業にとっては、各加盟国に自由に本拠地を置くことができ、同様の条件の下で、各加盟国における企業活動を展開することができる¹⁷。

このことは、ある加盟国の法人が、他の加盟国において開業する自由を含んでいる。このような観点からの主要な規定としては、まず、EU機能条約 (Treaty on the Functioning of the European Union : TFEU) 49条

16 EUにおける4つの経済的自由としては、このような「物」・「人」・「サービス」・「資本」という自由移動の制度が挙げられる。EUにおける会社法指令や欧州司法裁判所の動向の全体像に関しては、JOHN BIRDS ET AL., BOYLE AND BIRDS' COMPANY LAW, (9th ed. 2014); BRENDA HANNIGAN, COMPANY LAW (4th ed. 2015); PAUL DAVIES & SARAH WORTHINGTON, GOWER & DAVIES: PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW (10th ed. 2016) 参照。

なお、「平成23年度 筑波大学・英国シェフィールド大学研究交流(派遣)」によって、英国シェフィールド大学の法学部へ派遣された際に、「Japanese Company Law and Cross-border Mergers」のテーマで研究報告を行うという貴重な機会を頂いた。その際には、特に、Andreas Rühmkorf教授とZoe Ollerenshaw教授から、本稿に関連するEUにおける会社法指令・欧州司法裁判所の動向・国際合併等に関する貴重なコメントを頂いた。本稿におけるEU法に関する考察は、そこから示唆を得られた部分も大きい。

17 Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 1.

(旧 EC 条約 43 条) が挙げられる。EU 機能条約 49 条の規定するように、開業の自由は、営業を開始し遂行する権利ならびに会社等を設立し経営する権利を含んでいる。同条によって、ある加盟国の法人が、他の加盟国の領域内で「開業の自由」を制限されることは禁じられる。ここでは、「第一次開業の自由」と関連して議論がなされる。

また、EU 機能条約 49 条に関して、ある EU 加盟国において設立された会社等は、他の加盟国において、二次的な開業を通じて企業活動を行う権利を有している。すなわち、他の加盟国の法律の下で、代理店・支店・子会社の開設等によって企業活動を拡大することが「第二次開業の自由」を意味する。そこで、このような第一次開業の自由と第二次開業の自由のいずれの場合においても、各加盟国は、開業自由の権利に対する差別的な措置をとることはできず、開業自由の権利を制限する効果をもたらす措置をとることも禁止されている。

そして、次に、このような開業自由の権利に関しては、EU 機能条約 54 条 (旧 EC 条約 48 条) における会社等にも拡張されている。EU 機能条約 54 条においては、ある加盟国の法律に基づいて設立された団体¹⁸、および、定款上の本拠地 (Registered Office・Satzungsmäßiger Sitz)・経営統括の中心地 (Central Administration・Hauptverwaltung)・主たる営業所 (Principal Place of Business・Hauptniederlassung) を EU 域内に置いている団体が、どの加盟国においても、当該加盟国の団体と同様の基本的な開業自由の権利に従い、同じ方法で取り扱われることを要求している。したがって、ある加盟国法に基づいて設立された法人は、他の加盟国に本拠地を移転したり、主たる営業所や子会社を自由に設立することが保障されなければならない。

例えば、ドイツ国外で設立された外国会社は、ドイツで企業活動を行うために、必ずしもドイツで子会社を設立する必要はない。そこで、ドイツ

18 EU 機能条約 54 条 2 項によると、団体 (Gesellschaft) という概念には、法的存在の形式に関わりなく、企業活動を行う全ての主体が含まれている。すなわち、本条の適用範囲としては、自然人を除けば、企業活動を行う全ての会社等の組織や権利能力なき組織も含まれている。

においては、ドイツに存在する代理店や支店を通じて取引等を行ったりすることになる。他方で、他の加盟国で設立された会社が、ドイツで実質的な企業活動を行うことを企図する場合、ドイツで子会社を設立する可能性はある¹⁹。

また、開業の自由は、公共政策（public policy）・公共の安全（public security）・公衆衛生（public health）によって正当化される場合を除いて、EU 機能条約上の基本権として保障される（EU 機能条約 52 条・旧 EC 条約 46 条）。そして、各加盟国の会社法の調和化は、会社法指令の方法等で実施されており、各加盟国の国内法は指令の要件に従うために調整される。EU 機能条約 50 条 2 項 g 号（旧 EC 条約 44 条）で要求される調和プロセスは、会社法の調和化として言及されている。ただし、EU 法における会社法の調和化が、完全に実現している状況とは言えないことから、実際上は、加盟国の国内法によって、開業の自由を享受できる主体であるか否かが決定されている。

なお、1970 年代までに、欧州委員会²⁰は、会社法の調和化のための大規模な計画を立てていた。およそ 1970 年代から 1980 年代終わりまでは、9 つの会社法指令が採択されたことにも伴い、黄金期と称されうる。その会社法指令は、第 1 指令（開示指令）、第 2 指令（資本指令）、第 3 指令（公開会社の合併指令）、第 4 指令（会計指令）、第 6 指令（公開会社の分割指令）、第 7 指令（グループ会社の会計指令）、第 8 指令（監査指令）、第 11 指令（支店指令）、第 12 指令（一人会社指令）の指令群である²¹。

19 なお、EU 域内における企業の流動性は、規制を回避する手段として、ますます重要になりつつあり、開業の自由とも関連して活発に議論されている。企業の流動性への大きな原動力は、欧州委員会等の諸活動によるものというよりも、欧州司法裁判所の諸判決から生じている側面を有する。

20 EU の政治部門における主要機関としては、「欧州理事会（European Council）」「閣僚理事会（Council of Ministers）」「欧州議会（European Parliament）」「欧州委員会（European Commission）」が挙げられる。これらの点も含めた EU 法全般に関する国内文献としては、庄司克宏『新 EU 法 基礎篇』（岩波書店、2013）参照。

21 このような指令の他にも、2000 年代に入ると、2005 年 EU 会社法第 10 指令（国際合併指令）や 2004 年 EU 会社法第 13 指令（公開買付指令）等の指令が公布されている。なお、近年の会社法指令の改革等に関する国内文献として、ヴァルター・バイエル＝イエシカ・シュミット（正井章侅訳）「EU 企業法に関する立法と判決〔上〕」際商 40 巻 12 号 1804 頁以下（2012）参照。

他方で、例えば、企業グループに関連する第9指令予備草案（グループ会社指令）は、各国の思惑の違いにより、争われている指令の一つである²²。多数の加盟国は、会社法の一般的な枠組みでグループ会社の諸問題に対応するが、ドイツにおいては、グループ会社における少数株主保護や債権者保護の問題を強調する異なる枠組みを発達させている。第9指令予備草案のように、長い間、このような特定の問題を解決できず、加盟国の支持を得られていないことから、会社法の調和化のプロセスは一定程度、減退させられているという側面を有する²³。

2 会社従属法 (Gesellschaftsstatut)

会社をめぐる様々な問題に関して、国際的な関連性がある場合、どこの加盟国の法律によって規律すべきかを決定する基準は、会社従属法と呼ばれる。EUの各加盟国は、このような局面で会社に適用される法を決定する際に、国際私法上の異なる原則を採用している。大きく分けると、二つの異なる理論を基礎に置く加盟国が存在する。一つが「設立準拠法主義 (Incorporation Doctrine・Gründungstheorie)」であり、基本的に英米法系諸国を中心として、イギリス・スイス・スペイン・オランダ・デンマーク・フィンランド・アイルランド・スウェーデンが採用しており、あと一つが「本拠地法主義 (Real Seat Doctrine・Sitztheorie)」であり、基本的に大陸法系諸国を中心として、ドイツ・フランス・ベルギー・オーストリ

22 第9指令予備草案に関連する国内文献として、早川勝「素描・EUにおける企業結合（会社グループ）規制構想の変遷—ヨーロッパコンツェルン法フォーラムの提言とその後の展開—」同法60巻3号143頁（2008）参照。

23 そもそも加盟国間の会社法には、大きな相違点があることが知られている。例えば、代表的な制度として、ドイツにおいては、会社の取締役会において、労働者の参加を認める共同決定制度を有している。また、イギリスでは、ドイツの同種の会社に存在しているような私会社 (Private Company) における最低資本金の規制を有していない。これらの制度間の違いは、開業自由をめぐる欧州司法裁判所における諸判決においても、興味深い対立を生み出している。

なお、ここで言及される「私会社」とは、1980年のイギリス会社法改正後の定義として、イギリスにおける公開会社 (Public Company) 以外の会社等のことである。私会社に関する国内文献としては、酒巻俊雄「イギリス法上の私会社制度の変遷」酒巻俊雄＝奥島孝康編『現代英米会社法の諸相—長濱洋一教授還暦記念』1頁（成文堂、1996）参照。

ア・ポルトガル等という他の全ての加盟国が採用している²⁴。

まず、「本拠地法主義」において、会社従属法は、会社の経営統括の中心地にある加盟国法として、企業活動の最密接関連地である加盟国法が適用される。例えば、ドイツに事実上の本拠地等のある会社は、基本的にドイツ法に従って取り扱われる。そこで、会社の定款上の本拠地が、事実上の本拠地である現実の経営統括の中心地と同じ法域に存在することが求められる。両者が異なる場合には、現実の経営統括の中心地のみが会社従属法の基準となる。したがって、例えば、イギリス法人の本拠地をドイツに移転した場合、ドイツの裁判所は、会社従属法として基本的にドイツ法を適用し、会社がドイツ法人として登記されない限り、基本的に法人格を認めていなかった。ここでは、いわゆる擬似外国会社（Scheinauslandsgesellschaften）に関する承認の可否という観点から考察されうる²⁵。さらに、ドイツ法人の本拠地をドイツ国外であるイギリス等に移転すると、会社従属法が変更されることとなり、原則として、当該会社は解散し、それと同時に、イギ

24 EU の会社従属法をめぐる各加盟国の概要に関しては、Spahlinger / Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005; Eddy Wymeersch, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, 40 C.M.L.REV. 661-695 (2003) 参照。この点に関する国内文献としては、山内惟介『国際会社法研究（第1巻）』（中央大学出版会、2003）、森田果「ヨーロッパ国際会社法の行方（1）（2・完）」民商 130 巻 4・5 号 773 頁、6 号 1097 頁（2004）、山内惟介「ドイツ国際私法における“法人の属人法”の決定基準について－ヴェツラー提案の場合－」石川敏行ほか『共演 ドイツ法と日本法』351 頁（中央大学出版部、2007）、シュテファン・ライブレ（西谷祐子訳）『欧州連合における国際会社法』際商 36 巻 4 号 447 頁（2008）参照。

なお、設立準拠法主義と本拠地法主義との折衷的な見解（Vermittelnde Lehren）として、重層化説（Überlagerungstheorie）や結合説（Kombinationslehre）等も存在しているが、より複雑な適用の調整問題等を引き起こすことから、各加盟国に受け入れられる状況には至っていない（Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, Recht und Wirtschaft, 1996）。

25 2002 年まで、ドイツの連邦通常裁判所は、本拠地法主義に基づいて、擬似外国会社に対する承認を受け入れていなかった。ただし、今日において、擬似外国会社は、追求している目的に応じて区別され、合名会社または民法上の組合とみなされて、権力能力や当事者能力等が認められている。すなわち、ドイツ法の解釈として、EU 域内にある外国会社は、本拠地がドイツ国内にあるかどうかに関係なく、会社の設立準拠法主義が一定程度尊重され、ドイツで承認される必要がある。これらの点に関しては、インゴ・ゼンガー「ヨーロッパ団体法－居住移転の自由の限界とヨーロッパ法における団体形式の発展－」インゴ・ゼンガー（山内惟介＝鈴木博人編訳）『ドイツ・ヨーロッパ・国際経済法論集』6 頁以下（中央大学出版部、2013）参照。なお、擬似外国会社をめぐるアメリカとわが国の議論については、伊達竜太郎「擬似外国会社に関する一考察～VantagePoint 判決を手がかりに～」筑波 49 号 77 頁（2010）、伊達竜太郎「擬似外国会社の法理論」際商 44 巻 4 号 557 頁（2016）参照。

リス等で会社を新規設立する必要性が生じる²⁶。

他方で、「設立準拠法主義」において、会社従属法は、会社が設立された加盟国法であることを意味し、会社設立を行う企業家等は、結果として、自由な準拠法選択が認められている。設立準拠法主義の重要な利点としては、当事者自治が尊重されることや法的安定性が確保されること等が挙げられる。また、会社の設立準拠法主義が、本拠地を相対的な基準として用いている結果として、会社の定款上の本拠地が、他の加盟国に所在していたとしても、会社に関する諸問題は、会社を設立した加盟国法に従うことになる²⁷。例えば、イギリスの裁判所においては、イギリス国内に本拠地は存在するが、イギリス国外で設立された外国会社の内部関係等には、外国法が適用されると判断するように思われる。

そして、先述したように、EUにおける会社従属法をめぐるのは、企業の経営統括の中心地が存在する法域の法に従うという本拠地法主義を採用してきた加盟国が多く存在していた。そのような状況の中で、近年、EU機能条約で保障される開業自由の原則と本拠地法主義との適合性等の諸問題が、欧州司法裁判所(European Court of Justice・Europäischer Gerichtshof)における諸判決で検討されている。これらの裁判例では、本拠地法主義に対する重要な制限を課しており、一種の設立準拠法主義とも解釈できる裁判例が蓄積されており注目される。また、他の加盟国で設立された会社が、自国の加盟国の領域内で企業活動を行うことを阻止しようと試みる加盟国は、欧州司法裁判所において、EU機能条約違反の判断を下される可能性がある²⁸。

26 Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13 Bearb., 1998, Rn. 610. したがって、特に、本拠地法主義を採用する加盟国においては、会社の解散を伴わずに、異なる加盟国へと本拠地を移転することは困難であることが想定される。

27 設立準拠法主義の立場からは、本拠地法主義の場合と異なり、会社の定款上の本拠地と事実上の本拠地とが異なる場合がありえる。

28 このような会社従属法や開業自由の原則等と関連する欧州司法裁判所の下した重要な諸判決に関して、SEVIC 判決以外については、別稿において詳細に論じていきたい。

3 欧州会社 (SE : Societas Europaea) ²⁹

(1) SE の概要

1970 年、欧州委員会は、欧州会社 (Societas Europaea) (以下、「SE」という) に関する最初の提案をしたが、様々な問題が解決しないまま、交渉は 1982 年まで先延ばしにされていた ³⁰。そこでは、どのように労働者の経営参加に関する適切な規定を置くことができるかという問題が、イギリスとドイツ間の異なる立場等により、従来の交渉における主要な障害の一つであった ³¹。その後、1985 年に、欧州委員会は、労働者の経営参加に関する指令 (Directive・Richtlinien) とともに、SE を創設する規則 (Regulation・Verordnungen) (以下、「SE 規則」という) による提案を行った ³²。各加

29 Council Regulation (EC) 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE) [2001] OJ L 294/1. 本稿においては、SE の基本的な枠組みを明らかにしていくものである。この他の SE に関する詳細については、Lutter / Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, Schmidt, 2005; Hulle / Maul / Drinhausen, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2007; JONATHAN RICKFORD, THE EUROPEAN COMPANY – DEVELOPING A COMMUNITY LAW OF CORPORATIONS (2003); Vanessa Edwards, *The European Company – Essential Tool or Eviscerated Dream?*, 40 C.M.L.REV. 443 (2003); Erik Werlauff, *The SE Company – A New Common European Company from 8 October 2004*, E.B.L.R. 85 (2003); Mike Edbury, *The European Company Statute: A Practical Working Model for the Future of European Company Law Making?*, E.B.L.R. 1283 (2004); Mathias M. Siems, *The Impact of the European Company (SE) on Legal Culture*, 30 E.L.R. 431 (2005); Marios Bouloukos, *The European Company as a Vehicle for Corporate Mobility within the EU: A Breakthrough in European Corporate Law?*, E.B.L.R. 535 (2007) 参照。

また、SE に関する国内文献としては、野田輝久「ヨーロッパ株式会社法の成立とその評価ードイツ法の視点からー」青山経営論集 37 巻 4 号 239 頁 (2003)、海道ノブチカ「ヨーロッパ会社 (SE) と経営参加」商學論究 51 巻 3 号 17 頁 (2004)、松田和久「欧州連合における欧州会社 (SE) の設立」千葉商大論叢 42 巻 3 号 171 頁 (2004)、上田廣美「共同体法における会社法の基本的問題とその課題ーヨーロッパ会社と開業の自由を中心にー」慶應法学 3 号 1 頁 (2005)、高橋英治＝新津和典「ヨーロッパ会社 (SE) 法制の現状と課題 [上] [下]」商事 1958 号 4 頁、1959 号 46 頁 (2012) 参照。

なお、EU 法の下で、初めて登場した超国家的な形式の団体は、1985 年に採択された欧州経済利益団体 (European Economic Interest Grouping: EEIG) が挙げられる (Council Regulation 2137/85 on the European economic interest grouping (EEIG))。ただし、EEIG に関しては、構成員の連帯無限責任や柔軟性に欠ける機関形態等の要因から、實際上、活発に活用されている訳ではない。EEIG に関する国内文献としては、正井章作「EC 国際企業法ー超国家的企業形態と労働者参加制度」中央経済社、1994 参照。

30 SE の提案をめぐる歴史的展開に関しては、VANESSA EDWARDS, EC COMPANY LAW 399-404 (1999) 参照。

31 その他の問題点としては、EU 法と加盟国の国内法との関係性や適切な税体系のあり方等が議論されていた。

32 ここでは、欧州委員会により「規則」と「指令」の提案がなされているが、そもそも EU 派生法として、EU の法令行為の類型は、「規則」「指令」「決定」「勧告」「意見」が挙げられている (EU 機能条約 288 条 1 項)。

盟国の交渉が徐々に推移している状況の中で、2001年10月8日に、欧州閣僚理事会では、労働者の経営参加に関する指令（SE Employee Involvement Directive）³³において、労働者代表と使用者との協議を優先させることに伴い、SE規則³⁴を正式に採択した。

まず、SE規則1条3項が規定するように、法人格を有するSEと呼ばれるEU域内で自由に活動できる公開有限責任会社（Public Limited Company：PLC）³⁵の新しい会社形態を設立することが可能となる³⁶。SEの特徴としては、各加盟国に基盤を置かずに、EUという基盤に会社の設立を行うという概念が挙げられる。SEを創設した主要な目的は、所在地を複数の加盟国内に有するような会社が、複数の加盟国の会社法の下で、持株会社や共同子会社等を設立できるようにするためである。SEの創設は、EUの単一市場に適合するような国境を越えた企業組織再編行為に活用されることから、企業の国際競争力を強化することが期待されている。

SEは、以下で言及するような方法によって具体的に設立されうるが、各加盟国の国内法に基づいて設立される会社とは別の会社形態を創設するものである³⁷。すなわち、複数の異なるEU加盟国法を従属法とする、①公開有限責任会社間の合併による設立（SE規則2条1項）³⁸、②複数の

まず、ここで言及されている「規則」は、全ての加盟国において直接適用が可能であり、国内法に編入等するための国内立法を必要とせず、自動的に加盟国法の一部となる。他方で、「指令」は、「規則」のように直接適用が可能ではなく、国内法化される必要があるが、必ずしも加盟国による立法措置を必要としている訳ではない。

33 Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European Company with regard to the involvement of employees [2001] OJ L 294/22.

34 SE規則に関しては、C. TAVARES DA COSTA & A. DE MEESTER BILREIRO, THE EUROPEAN COMPANY STATUTE (2003) 参照。

35 公開有限責任会社には、例えば、イギリスの public companies limited by shares や public companies limited by guarantee having a share capital、ドイツの die Aktiengesellschaft 等が含まれる。

36 SEを公開会社に限定したことについては、公開会社向けのSEと私会社向けのSEとを創設すべきであった等の批判がなされていた。この点に関しては、例えば、上田廣美「ヨーロッパ会社法の成立とEUにおける従業員参加」日本EU学会編『ユーロの再検討』日本EU学会年報23号237頁（2003）参照。

37 SEの設立に関する国内文献としては、笹川敏彦「ヨーロッパ会社法における設立－合併方式による設立を中心に－」法と政治55巻2号47頁（2004）、笹川敏彦「持株会社方式によるヨーロッパ会社の設立」法と政治55巻3号55頁（2004）、笹川敏彦「組織変更方式によるヨーロッパ会社の設立」札幌22巻2号43頁（2006）参照。

38 例えば、このような方法でSEを創設する場合、複数の会社が、異なる加盟国において登記されている組織である必要がある。

公開会社・私会社による持株会社の設立（SE 規則 2 条 2 項）、③複数の公開会社・私会社・持分会社等による共同子会社の設立（SE 規則 2 条 3 項）、④過去 2 年以上、他の加盟国において子会社を既に有している公開会社の組織変更による設立（SE 規則 2 条 4 項）³⁹、⑤既存の SE の子会社の創設（SE 規則 3 条 2 項）によって設立されうる。

ここで言及される SE は法人のことであり、登記簿への登録をもって権利能力を取得する（SE 規則 3 条・16 条）。SE の社員は、社員が出資額として示した資本金額を限度としての有限責任を負う（SE 規則 1 条 2 項）。資本の単位はユーロで表示されて、SE の最低資本金は、12 万ユーロの公開会社である必要がある（SE 規則 3 条 1 項・4 条 1 項 2 項）。このような最低資本金の規定は、特定の加盟国の国内法では採用されているが、イギリスのように最低資本金規制を撤廃している加盟国もある。したがって、このような最低資本金規制が、SE として再設立することを試みる会社にとって、SE の魅力を減退させる可能性もある⁴⁰。また、最低資本金規制が、主に小規模の会社等にとっては SE 設立のためのハードルが上がることになり、好ましくない規定であるようにも思われる。

そして、EU においては、EU 全体を統括するような中心的な会社登記当局が存在しないので、例えば、SE の定款上の本拠地がある加盟国のように、SE は特定の加盟国において登記されることになる（SE 規則 12 条 1 項）。そこで、SE は、定款上の本拠地がある加盟国において、他の加盟国内の公開会社の地位と同様に取り扱われなければならない（SE 規則 10 条）⁴¹。

39 2006 年には、ドイツの損害保険会社である Allianz 社が、イタリアの子会社である保険会社 RAS 社との合併に伴い、SE への組織変更を行ったことで、初めての SE（Allianz SE）が登場した。

40 Benjamin Angelette, *The Revolution that Never Came and the Revolution Coming – De Lasteyrie du Salliant, Marks & Spencer, SEVIC Systems and the Changing Corporate Law in Europe*, 92 VA. L. REV. 1188, 1210 (2006).

41 なお、国際合併に関する会社法第 10 指令が、SE に対して適用される可能性があることに関しては、Jonathan Rickford, *Current Developments in European Law on the Restructuring of Companies*, E.B.L.R. 1225, 1251 (2004) 参照。国際合併に関する会社法第 10 指令については、本稿 4 において、SE との比較も交えて検討していく。

SE の定款に定めている機関構成については、①ドイツや北欧等で見られるように、経営権限が経営機関に、監督権限が監督機関にそれぞれ属するという二元的システム (two-tier system)⁴²を採用するか、②イギリス等で見られるように、経営権限と監督権限の両者が融合して執行機関に属する一元的システム (one-tier system)⁴³を採用するかを選択することができる (SE 規則 38 条 b 号)⁴⁴。この規定は、ドイツの共同決定制度 (co-determination・Mitbestimmung) を採用するかどうかを、会社が決定することを可能にする制度である⁴⁵。SE における労働者の経営参加の詳細なルールに関しては、SE 労働者参加指令⁴⁶に含まれており、当該指令が SE 規則を補充している (SE 規則 1 条 4 項)。

ただし、SE 規則においては、取締役の責任・株主の権利や救済策・監査制度等という SE の機関に関する重要な規定をあまり含んでいない⁴⁷。その点に関しては、SE の定款上の本拠地が所在する加盟国内の公開会社法が、最終的には適用される際の根拠条文となる (SE 規則 51 条)⁴⁸。例えば、取締役等の機関の責任について、ドイツにおいては、株式法 93 条・116 条等が適用されることになる。そこで、当初期待されていたように、EU 域内で一つの SE の機関形式を創設するというよりもむしろ、事実上、

42 すなわち、業務執行機関としての取締役会と、従業員代表を含む監視・監督機関としての監査役会が分離しているシステムである。

43 すなわち、取締役会が、業務執行機関と監視・監督機関という両方の機能を含んでいるシステムである。

44 SE の本拠地をいずれの加盟国に設置するかによって、どちらのシステムを採用するかが基本的に決まることになる。

45 SE における共同決定制度に関しては、各加盟国間で異なる見解を採用していることから、長期間による交渉で制度設計がなされており、共同決定制度の指令に関連する規定はより複雑になっている。

46 SE 制度の特徴的なことのひとつとしては、この労働者参加制度が挙げられる。EU 加盟国において、労働者参加に対する取り組みは各国様々であり、SE 制度でどのように整合性を保てるかが長年議論されていた。SE 労働者参加指令に関する国内文献としては、上田廣美「ヨーロッパ会社法と従業員の経営参加に関する最新動向－ユース合意による新法案－〔上〕〔下〕」際商 29 巻 5 号 527 頁、際商 29 巻 6 号 666 頁 (2001)、正井章作「ヨーロッパ会社 (SE) 法を補充する労働者参加指令」比較法学 41 巻 1 号 189 頁 (2007) 参照。

なお、SE の設立登記には、労働者参加に関する調整が要件とされており (SE 規則 12 条)、会社の従業員を代表する特別交渉機関 (Special Negotiation Body : SNB) が創設されなければならない (SE 規則 3 条)。

47 Edwards, *supra* note 29, at 463. その他にも、SE 規則では、資本維持や解散等に関する規定も含んでいない。

48 このような規定の観点からは、SE の登記を行う加盟国選びが重要なこととなる。

加盟国数に応じて異なるタイプのSEが登場する可能性がある⁴⁹。このことにより、結果として、適用される法の不確かさにより、法的安定性に欠けているという側面は残されているが、定款上の本拠地を置く加盟国法を適用する範囲が拡大されることで、SEは国内の公開会社のような外観を備えることになる。

そして、SE制度において特徴的なこととして、SEは、一定の株主保護や債権者保護の規定に従った上で、会社の解散手続や再設立手続を経ることなく、ある加盟国から他の加盟国に定款上の本拠地を自由に移転することができる（SE規則8条1項）⁵⁰。ただし、SEの定款上の本拠地と事実上の本拠地は、同じ加盟国内に位置していなければならない（SE規則7条）⁵¹。本拠地法主義を採用している加盟国においては、このような見解は承諾を得られるであろうし、実際にも、双方の本拠地が同じ加盟国内に位置している場合が多いであろう。しかし、設立準拠法主義を採用する加盟国では、このような見解は受け入れ難いようにも思われる。欧州司法裁判所では、本拠地法主義を採用することを明白に宣言してはいないことから、この規定は問題となりうるものである。ただし、この点に関連して言及されることとして、SEの規定は、設立準拠法主義を採用する加盟国に対して、本拠地法主義を採用することを要求するものではなく、将来的な共同体の会社立法に置き換わるものでもない（SE規則前文27条）。また、加盟国は、

49 Martin Ebers, *Company Law in Member States against the Background of Legal Harmonization and Competition between Legal Systems*, E.R.P.L. 509, 515 (2003); Luca Enriques, *Silence is Golden: The European Company Statute as a Catalyst for Company Law Arbitrage*, 4 J.C.L.S. 77 (2004)。このような観点からすると、SE規則が、加盟国の国内法をあまりにも多く引用しすぎるという批判がありえる。

50 なお、SEを創設することは単純な手続ではないことから、このような本拠地移転という解決策は、手続が複雑なことによって、多くの時間を要する上に、高いコストがかかることに注意を要する（Thomas Ronfeldt & Erik Werlauff, *Mergers as a Method of Establishment: On Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment*, 3 E.C.L. 125, 127 (2006)）。

51 このような規定が、開業自由の権利の諸規定と適合しない可能性があるという議論に関しては、*Louven / Dettmeier / Pöschke / Weng*, *Optionen grenzüberschreitender Verschmelzungen innerhalb der EU gesellschafts- und steuerrechtliche Grundlagen*, 3 BB-Special, 2006, S. 1, 9.

なお、SEに関する規定は、原則としてSE規則および定款上の定めによることになるが、SE規則等に明示の規定がない場合、本拠地が置かれている加盟国の国内法が適用される（SE規則9条）。

自国内に登録されている SE が移転する場合、他の加盟国への移転に反対する少数株主を適切に保護するため、国内法の規定を適用することができる (SE 規則 8 条 5 項)。

ここで、仮に SE がこのような要件に従わず、SE の定款上の本拠地と事実上の本拠地が異なる加盟国に分離した場合、SE の定款上の本拠地がある加盟国は、事実上の本拠地を定款上の本拠地のある加盟国に移転させるか、SE 規則 8 条に規定されている手続に従って、定款上の本拠地を事実上の本拠地へ移転させるかのどちらかの対応策をとらなければならない⁵²。ただし、どちらかの対応策が所定の期間内にとられない場合、定款上の本拠地がある加盟国においては、当該 SE を解散しなければならない (SE 規則 64 条)。このことに加えて、欧州委員会は、異なる加盟国において定款上の本拠地と事実上の本拠地を置くことに関して、SE 規則の発効後 5 年以内に見直し作業を行う必要があることに言及している (SE 規則 69 条)⁵³。

(2) SE を活用する国際合併⁵⁴

52 先述したように、SE における定款上の本拠地は、基本的に会社の解散等の手続を経ることなく、他の加盟国へ移転することが可能である。

53 なお、EU 法における団体形式としては、SE や EEIG 以外にも、EU 域内で自由に活動できる協同会社を制度化する欧州協同組合 (Societas Cooperativa Europaea : SCE) が存在している (Council Regulation 1435/2003 on the European cooperative society (SCE) [2003] OJ L 49/35)。

SCE に関する国内文献としては、上田廣美「ヨーロッパ協同会社法〔上〕〔下〕」亜大 39 巻 2 号 167 頁、40 巻 1 号 251 頁 (2005)、多木誠一郎「ヨーロッパ協同組合法規則に関する覚書」神戸市外国語大学外国学研究 63 号 167 頁 (2006) 参照。本稿の観点から重要なこととして、SCE は、既存の加盟国の協同会社間の国際合併等によって設立され、国際合併に関する異なる従属法の適用がなされる (SCE 規則 20 条)。ただし、現状としては、SCE の規制が複雑である等の理由により、SCE はあまり多く利用されている訳ではない。

その他にも、欧州私会社 (Societas Privata Europaea : SPE) の計画も挙げられる (http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm)。SPE に関する国内文献としては、久保寛展「中小企業のためのヨーロッパ版有限会社－いわゆるヨーロッパ私会社 (Societas Privata Europaea - SPE) 規則案について－」福岡 55 巻 1 号 59 頁 (2010) 参照。ただし、SPE に関しては、定款上の本拠地と事実上の本拠地とを異なる加盟国に分離すること等を認めているために、ドイツ等の反対により、未だ採択には至っていない。

54 従来は、EU における国際合併の議論が不十分な状況であり、かつ、特定の EU 加盟国においては基本的に国際合併を認めていなかったこと等から、SE において国際合併の制度を創設したことは、画期的な出来事であったことが認識される。合併による SE の創設に関しては、Schindler, Gründung und Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung des österreichischen Ausführungsgesetzes in Internationale Umgründungen, 2005 参照。

SE 規則の前文 10 条において、SE 規則における重要な目的の一つは、異なる加盟国間の国際合併を可能にすることであると言及されている。このことを具体化して、加盟国法に基づいて設立され、EU 域内に定款上の本拠地や経営統括の中心地等を有する公開有限責任会社は、合併により SE を設立することができ、国際合併または国際的な組織再編を促進する設立方法として活用できる（SE 規則 2 条 1 項）⁵⁵。合併により SE を設立する形態を選択する場合、吸収合併においては存続会社が、新設合併においては新設会社が、それぞれ SE の形態となる（SE 規則 17 条）。国際合併において、SE の設立を通じて達成される企業組織再編行為は、事業運営の継続性・会社従属法の変更・定款上の本拠地移転等という多くの利点を有している⁵⁶。

また、本稿の観点から、SE を活用する国際合併において特徴的なこととしては、EU 会社法第 10 指令（国際合併指令）と同様に、株主や債権者の保護手続・合併の適法性審査等において、各合併当事会社の従属法が配分的に適用されることが規定されている点が挙げられる（SE 規則 18 条・20 条・21 条・24 条・25 条・32 条・33 条・36 条等）⁵⁷。

そして、SE を活用する国際合併では、EU 会社法第 3 指令（公開会社の合併指令）⁵⁸に規定する吸収合併と新設合併の合併手続に従って実行される可能性もあるが、SE 規則においては追加的な要件を課している。例えば、合併手続が完了したことを証明する証明書を発行することが挙げられる。証明書の発行前に加盟国の当局が合併に反対した場合、加盟国に存

なお、1990 年以降、税法の分野においては、国際合併に関する規定が存在している（Directive 90/434/EEC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States [1978] OJ L 285/1 of 20.）。この点に関しては、OTMAR THÖMMES, MERGER DIRECTIVE, EC CORPORATE TAX LAW, Chapter 5. (2004) 参照。

55 ただし、SE を活用する国際合併においては、公開会社に限定されているものであり、私会社における活用を可能にするものではない。

56 Rickford, *supra* note 41.

57 「配分的適用」および「累積的適用」に関しては、以下で条文ごとにその旨の文言を付していく。このような配分的適用と累積的適用の見解が、わが国における直接的な国際合併の議論を考慮する際に、有益な比較法的考察への示唆を与えるように思われる。

58 Directive 78/855/EEC concerning mergers of public limited liability companies [1978] OJ L 295/36.

在する会社が、合併によるSEの設立に参加できないことを、加盟国の国内法で規定することができる（SE規則19条1項）。ただし、このような合併への反対は、公共の利益を理由とする場合においてのみ認められ、司法当局による再審査の対象となる（SE規則19条2項）⁵⁹。

また、合併当事会社の経営陣は、SEの設立において、労働者の経営参加手続を含む詳細な合併契約書を準備しなければならない（SE規則20条）（配分的適用）。SEを活用する国際合併局面において、一方の合併当事会社は労働者参加制度を有しているが、他方の合併当事会社は労働者参加制度を有していない場合、労働者参加に関するルールは、他方の会社に適用することが困難である場合も多いであろう。一方の加盟国では一定の方法で機能する労働者参加制度が、他方の加盟国で現存する運営機関との相互作用に欠けることから、他方の加盟国において、同じ方法で機能するとは限らないからである⁶⁰。ただし、SEを活用した国際合併の利点としては、労働者参加に関する一定のモデルを規定していないことから、加盟国に存在する異なる労働者参加制度をそれぞれ活用することで、多様なアプローチを採用することができることであろう⁶¹。

そして、国際合併に関する情報は、関係する加盟国の国内新聞に掲載されなければならない（SE規則21条）（配分的適用）。なお、EU会社法第3指令10条においては、合併当事会社それぞれに異なる専門家の報告書を要求している（配分的適用）。他方で、合併契約書の検査や株主への報告書に関して、SE規則22条では、合併当事会社の全てを網羅する単一の報告書の提供で許容されるという点で異なる（累積的適用）。

そして、重要なこととして、合併の適法性に関しては、債権者保護と同様に、各合併当事会社が所属する加盟国の国内法が適用される（SE規則24条・25条）（配分的適用・国内法優先適用の原則）。ここで、国際合併によるSEの設立に関して、各加盟国は、合併に反対する少数株主を適切

59 SEの定款上の本拠地移転に関しても、同様の趣旨の規定が存在している（SE規則8条14項）。

60 Paul L. Davies, *Workers on the Board of the European Company?*, 32 ILJ. 75, 86 (2003).

61 J. Pieper, *European Cross-border Mergers after SEVIC*, 30 CO. LAW 169 (2009).

に保護するための規定を適用することができる（SE 規則 24 条 2 項）（配分的適用）。ただし、少数株主保護の観点からは、このような規定を導入するための良い理由にはなるが、国際合併を実行するための潜在的な障壁ともなりえる。

また、SE の設立に関する問題においては、SE が定款上の本拠地を置く加盟国法が適用される（SE 規則 26 条）。これらの規定に従わなかった場合、SE の解散という事態になりえることに注意を要する（SE 規則 30 条）。なお、SE が登記される日において、合併の効果が生じ、SE が設立されることになる（SE 規則 27 条 1 項）。

そして、国際合併が吸収合併方式の買収により行われる場合、被買収会社である消滅会社の全ての資産や負債は、買収会社である存続会社に引き継がれ（SE 規則 29 条 1 項 a 号）、被買収会社の株主は、買収会社の株主になる（SE 規則 29 条 1 項 b 号・新設合併に関しては 29 条 2 項）。その結果、買収会社は SE となることによって、被買収会社は消滅することになる（SE 規則 29 条 1 項 c 号 d 号）。

なお、SE を創設するために、国際合併が親子会社間において実行される場合、情報開示・専門家の報告書・株式の交換に関するいくつかのルールは適用されず、単純化された手続で行うことができる（SE 規則 31 条）。そして、合併当事会社による資産・権利・義務の移転に関する債権者保護は、関係する国内法に従うことになる（SE 規則 29 条 3 項）（配分的適用）。このような SE において国際合併の活用を可能にしたことは、以下で紹介および検討していく国際合併に関する第 10 指令を推進することを可能にしたように思われる。

4 EU 会社法第 10 指令（国際合併指令）⁶²

62 Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies [2005] OJ L 310/1. EU における国際合併に関する文献としては、*Bayer / Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW, 2006, S. 401ff; Thomas Papadopoulos, *EU Regulatory Approaches to Cross-Border Mergers: Exercising the Right of Establishment*, 36 (1) E.L.R. 71 (2011) や以下で掲載する論文を参照。

(1) 序論

近年まで、国際合併 (Cross-border Merger・Grenzüberschreitende Verschmelzung) が EU の各加盟国の国内法の下で実行できるかどうかに関しては多くの争いがあった。従来、国際合併を法的に許容していた加盟国としては、フランス・スペイン・イタリアという少数の加盟国だけであった⁶³。それ以外の多数の加盟国においては、ドイツのように国際合併を許容していないか、もしくは、被買収会社である消滅会社の解散手続が必要である等の条件を課すことによって、実質的に国際合併の実行を困難にしていたか、事実上不可能にしていた⁶⁴。このように、各加盟国によっては、国際合併を規制する法的枠組みが多様であったことから、国際合併を実行したい会社が登場しても、法的な透明性と確実性に欠けていた。

このような状況において、欧州委員会は、欧州会社 (SE) の採用に続いて、2001 年の会社法専門家によるハイレベルグループ報告書に基づいた会社法行動計画 (Company Law Action Plan) に従って、2003 年 11 月、異なる加盟国の資本会社の国際合併に関する第 10 指令を新たに提案した⁶⁵。国際合併指令は、会社法領域において採択された指令の中でも、最も重要な問題を含んでいる指令の一つであり、労働者の経営参加に関する議論⁶⁶

EU の国際合併に関する国内文献としては、早川勝「EU における国境を越えた合併：EU 第 10 指令を中心として」同法 58 巻 5 号 1 頁 (2006)、正井章作「EU における国境を越えた合併－会社法第 10 指令－」早法 81 巻 4 号 451 頁 (2006)、三浦哲男「国境を越える企業合併。その法的問題点－欧州会社法制の最前線を探る－」富大経済論集 53 巻 1 号 51 頁 (2007)、池田良一「EU におけるクロスボーダー組織再編の法的根拠 (1) (2) (3)」際商 37 巻 10 号 1337 頁、37 巻 11 号 1484 頁、37 巻 12 号 1636 頁 (2009) 参照。

63 Philip Rogers & Anne-Sophie Cornette De Saint-Cyr, *Cross-Border Mergers*, 13 I.C.C.L.R. 343 (2002).

64 ドイツの状況に関しては、Lutter / Winter, *Umwandlungsgesetz*, Bd. 1, 3. Aufl. (2004) 参照。

65 Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward COM (2003) 0284 final. 本提案よりも以前の背景や理論展開等については、Edwards, *supra* note 29, at 391-393 参照。この点に関する国内文献としては、山口幸五郎＝吉本健一「会社の国際合併に関する EC 指令案について」阪法 147 巻 287 頁 (1988)、小石川宣照「EC 会社法の国際合併について」日本大学人文科学研究所研究紀要 45 号 289 頁 (1993)、正井章作「EC における国際的合併に関する規制－会社法第 10 指令案－」岸田雅雄＝森田章＝森本滋編「現代企業と有価証券の法理－河本一郎先生古稀祝賀」135 頁 (有斐閣、1994) 参照。なお、1973 年等に国際合併に関する協定草案が公表されていたが、1980 年までに頓挫していた。その後、1985 年の国際合併に関する第 10 指令案は、1987 年の欧州議会で審議が止まっていた経緯がある。

66 従来、国際合併指令の進展を妨げていた事情として、ドイツが、国際合併指令によって、労働者の経営参加制度が回避されることに懸念を示していたからである。また、国際合併指令を

がなされた後、2005 年にブリュッセルで採択されたものである。そこで、各加盟国では、2007 年 12 月までに国際合併をめぐる本指令を国内法化することが義務付けられたことから、現在は、国内の実定法上の根拠が明確になり、立法上の手当がなされている⁶⁷。

そして、欧州委員会においては、EU 域内の調和化を達成するために、国際合併が非常に重要であると認識している。EU における主要な目的の一つは、単一市場で物・人・サービス・資本の自由な移動への障壁を取り除くことにあることは先述したが、国際的な企業組織再編行為⁶⁸を促進させることで、この目的をより進化させることになりえる。本指令の活用によって、加盟国は、国際合併を活用した企業組織再編におけるコストを減らし、法的安定性を確保し、開業自由の権利行使を促進させる可能性がある⁶⁹。なお、国際合併においては、EU 域内の会社に対して、結果として、

めぐる労働者の経営参加制度に対しては、イギリス等が反対を表明しており、本指令が採択できないという状況が長い間続いていた。ここでは、例えば、ドイツ法人とイギリス法人が国際合併を実行する場合、二元的システムと一元的システムのどちらの機関構成を採用するかは、各合併当事会社の利害関係者にとっても大きな問題となりうる。

なお、このような労働者の経営参加制度に加えて、各加盟国間における企業間合併の手法や手続においても、大きな相違が存在する。

67 例えば、イギリスにおいては、国際合併に関する 2007 年の会社規則によって、国内法化が実行されることになった。また、従来は国際合併を認めていなかったドイツにおいても、2007 年に組織変更法 (das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetz) (BGB, 2007, S. 542 ff) が改正したことによって、ドイツの資本会社が国際合併を実行することが可能な状況となっている。

68 EU における国際的な企業組織再編行為に関連しては、本稿で主に取りあげる会社法第 10 指令 (国際合併指令) 以外にも、会社法第 13 指令 (公開買付指令) が挙げられる (Directive 2004/25 on takeover bids [2004] OJ L 142/12)。公開買付指令に関する国内文献としては、早川勝「企業買収に関する会社法の領域における欧州議会と理事会の会社法指令 (EU 公開買付第 13 指令) 案について」同法 53 巻 6 号 47 頁 (2002)、上田純子「国際的な企業結合をめぐる諸問題－企業結合規制に関する比較法的考察を中心として」相山女学園大学ディスカッションペーパー 3 号 1 頁 (2002)、北村雅史「EU における公開買付規制」商事 1732 号 4 頁 (2005)、末岡晶子「EU 企業買収指令における敵対的買収防衛策の位置づけと TOB 規制」商事 1733 号 34 頁 (2005)、早川勝「EU 第 13 公開買付指令の国内法化—ドイツにおける公開買付指令の国内法化法政府草案—」同法 58 巻 5 号 425 頁 (2006)、野田輝久「EU における企業買収—EU 公開買付指令」法時 79 巻 5 号 58 頁 (2007)、早川勝「英国における EU 公開買付指令の国内法化—2006 年英国会社法におけるパネルの規制—」同法 61 巻 2 号 47 頁 (2009)、三井秀範「欧州型の公開買付制度—わが国公開買付制度との比較の観点から—」商事 1910 号 18 頁 (2010)、藤澤尚江「EU 公開買付指令と法の適用関係」筑波ロー・ジャーナル 11 号 161 頁 (2012) 参照。なお、国際的な公開買付をめぐる準拠法に関しては、原則として、標的会社の設立準拠法が適用されるが、標的会社の設立準拠法と証券の取引地法が異なる場合等においては、複数の準拠法が考慮される (公開買付指令 4 条)。

69 DERRICK WYATT & ALAN DASHWOOD, EUROPEAN UNION LAW 871 (5th ed. 2006).

EU 域内を移転する機会を与え、会社が望む加盟国内でビジネスを行うことを可能にする⁷⁰。

また、EU 会社法第 10 指令は、国際合併に関して、各加盟国の国内法を統一するために設けられたものではないが、加盟国によって従うべき指針を提示している⁷¹。本指令では、SE 規則を活用する国際合併の諸規定においても見受けられたように、各合併当事会社の会社従属法を、配分的適用の形式によって、それぞれの国内法の適用を想定する局面も少なくないことから、国際合併に参加する合併当事会社は、国内の会社法の適用を考慮する場合がある。したがって、各合併当事会社は、慣れ親しんだ国内の会社法に従う場合において、本指令の実行に関しては、各加盟国にとってさほど困難ではない可能性もある。

なお、そもそも EU における国際合併の法的根拠としては、①本項目で言及する国際合併に関する EU 会社法第 10 指令・②先述した SE を活用する国際合併規則・③本稿 5 で検討する欧州司法裁判所で判断された SEVIC 判決に基づく EU 機能条約（旧 EC 条約）の規定という 3 つが挙げられる⁷²。

そして、EU 域内における国際合併指令を進展させたことは、まず、1978 年の EU 会社法第 3 指令が、EU 加盟国における合併規制に関して、会社法上の調整を実現していたことに加えて、2001 年の SE 規則によって、合併方式による SE の設立を可能にしたことによる⁷³。このことは、EU 会社法第 10 指令が、基本的に、EU 会社法第 3 指令や SE 規則に含まれる規定等と同様のスキームを採用していることにも反映されている。ただし、第 10 指令と第 3 指令の相違点としては、以下のような点が挙げられる。まず、第 3 指令は国内合併に限定されて活用されることになるが、第 10

70 PATRICK A. GAUGHAN, *MERGERS, ACQUISITIONS AND CORPORATE RESTRUCTURINGS* (6th ed. 2015).

71 Arianna Ugliano, *The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement*, 18 EBLR 585, 596 (2007).

72 Louven / Dettmeier / Pöschke / Weng, aaO. (Anm. 51), S. 16. なお、それぞれの法的基礎に関しては、適用範囲・手続上のルール・労働者参加等における若干の異なるルールを有している。

73 早川・前掲注 62) 3 頁以下参照。

指令は国際合併に関するものである。また、第 3 指令は公開会社の合併に限定されるが、第 10 指令は公開会社に加えて、私会社の合併へと適用範囲を拡張している点も画期的であると思われる。そして、第 10 指令において、各加盟国の当局は、提案される国際合併の適法性を調査することに関与する必要があること等が挙げられる。それでは、以下において、EU 会社法第 10 指令の国際合併に特有の規定に関して、SE 規則を活用する国際合併との比較という視点等も交えて概観していく⁷⁴。

(2) EU 会社法第 10 指令（国際合併指令）の諸規定

本指令は、適用範囲（1 条）・合併の定義（2 条）・適用範囲に関する特別規定（3 条）・国際合併に関する要件（4 条）・国際合併に関する共同計画書（5 条）・公示（6 条）・経営機関または監督機関の報告書（7 条）・独立した専門家の報告書（8 条）・社員総会による承認（9 条）・合併前の証明（10 条）・国際合併の適法性の検査（11 条）・国際合併の効力の発生（12 条）・登記（13 条）・国際合併の効果（14 条）・簡素化された手続き（15 条）・労働者の共同決定（16 条）・効力（17 条）・検査（18 条）・国内法化（19 条）・発効（20 条）・名宛国（21 条）によって構成されている。

まず、国際合併の適用範囲としては、定款上の本拠地・経営統括の中心地・主たる営業所の中でも、異なる加盟国法によって規律される株式会社と全ての資本公司（Limited Liability Companies・Kapitalgesellschaften）に適用されるものである（国際合併指令 1 条・2 条 1 項）。すなわち、国際合併指令においては、公開会社と私会社の双方に適用されることになる。このことにより、例えば、ドイツの場合、株式会社・有限会社・株式合資会社にも適用され、比較的規模の小さい会社においても、国際合併を実行することが可能となる。この点に関しては、SE 規則が国際合併で設立される場合と比較すると、SE が公開会社に限定されている（SE 規則 2 条 1 項）ことに対して、国際合併指令が公開会社と私会社の双方に適用される

74 基本的に、SE は超国家的な会社形態を創設する制度であるが、国際合併指令においては、各加盟国の法制度に基づいた国際合併を可能にする仕組みの構築を目指している。

という点で適用範囲が広いことになり、この観点からも重要な指令であることが認識される。なお、本指令において定められる資本金社の基準を満たす場合でも、加盟国は、本指令を協同組合 (Cooperative Society・Genossenschaft) に適用しないことができる (国際合併指令 3 条 2 項)。

また、先述したように、SE の最低資本金は 12 万ユーロの公開会社である必要があるが (SE 規則 3 条 1 項・4 条 1 項 2 項)、国際合併指令では、このような最低資本金規制を有していない。その代わりとしては、存続会社を設立した加盟国の最低資本金規制が適用されることになろう⁷⁵。このような観点からも、国際合併指令は、比較的規模の小さい会社において、国際合併を実行する際にも適しているように思われる⁷⁶。

なお、消滅会社の株主は、国際合併における合併対価に関して、一部を現金として受け取ることができる。その場合において、イギリスで見られるように、関係する加盟国の少なくとも一つの国内法が現金交付を認めている場合、合併対価としての現金交付に制限がない交付金合併の方式を採用できるが、全面的な交付金合併を認めていない加盟国では、新株発行における額面価額の 10% 未満に制限されている (国際合併指令 2 条 2 項・3 条 1 項)。このような規定は、消滅会社の従属法が交付金合併を認めている場合、消滅会社の株主保護の観点から問題が生じえるが、EU としては、国際的な交付金合併を一定程度認める政策を採用していることになる⁷⁷。

そして、本稿の観点から、国際合併指令において特徴的なこととしては、SE を活用する国際合併と同様の手法として、株主や債権者の保護手続・合併の検査役選任の手続等において、各合併当事会社の従属法が配分的に適用されることが規定されている点が挙げられる (国際合併指令 4 条・5 条・6 条・7 条・8 条・9 条・10 条等)。

まず、国際合併に関する具体的な要件として、国内法優先適用の原則が

75 Behrens, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG, 2007, S. 73.

76 European Commission, Easier path to cross-border mergers on the horizon (February 2005) Single Market News No.36, at http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn36/pl15_en.htm.

77 上田純子「会社法・関連立法の成果と国際会社法」『検証会社法－浜田道代先生還暦記念』648 頁 (信山社、2007)。

考慮される。そこで、国際合併は、各加盟国の国内法によって、合併が許容されている法形態の会社の間でのみ可能である（国際合併指令4条1項a号）（配分的適用）。また、国際合併に参加する各合併当事会社においては、それぞれの国内法の規定および手続きに従う必要がある（国際合併指令4条1項b号）（配分的適用）。ここでは、合併決議、合併当事会社の社員・債権者・労働者の保護に関する規定を設けることができる（国際合併指令4条2項）（配分的適用）⁷⁸。当該規定は、合併当事会社の利害関係者保護のための規定であり、加盟国の国内法が、国内合併に適用される利害関係者の保護規定に関して、国際合併に実質的に適合させて適用することができる。

さらに、各加盟国の当局は、公共の利益を理由に、国際合併を阻止する権限が与えられる（国際合併指令4条1項b号）（配分的適用）⁷⁹。ただし、このような公共の利益の保護に基づく合併に対する異議申述権の規定は、加盟国によって、不都合な国際合併を不当に阻止できる可能性があることから、保護主義的な規定であると批判されるおそれがある。

なお、国際合併に関する本指令では、合併当事会社に対して、基本的に、存続会社の所在する加盟国法への自由な選択を認めているようにも思われる。例えば、合併当事会社の設立していない加盟国の法適用を望むような場合、現存している会社は、新たな加盟国で会社を設立し、新たな会社を存続会社とする合併を実行して、既存の加盟国での会社を消滅会社とすれば良いことになる。ただし、存続会社のある加盟国が本拠地法主義の加盟国で、消滅会社の加盟国に本拠地が所在する場合、本指令によると、存続会社のある加盟国の当局が、存続会社の登記を許容しないこともできるようにも思われる（国際合併指令4条1項b号）⁸⁰。このような規制は、合併当事会社の法域の自由選択を阻害し、EU機能条約（旧EC条約）における会社の開業自由の権利と矛盾する可能性があるろう。

78 国際合併指令4条の規定は、SE規則24条を参考にして設けられている。

79 この点に関する規定は、SE規則19条を参考にして設けられている。

80 Jonathan Rickford, *The Proposed Tenth Company Law Directive on Cross Border Mergers and its Impact in the United Kingdom*, 16 E.B.L.R. 1393, 1411 (2005).

そして、各合併当事会社の経営機関または管理機関は、国際合併に関する共同の計画書を作成する必要がある（国際合併指令5条）（配分的適用）。合併計画書の法定記載事項としては、例えば、商号・本店所在地・株式の交換比率・合併の雇用に対して予測される影響・合併後の会社の定款・合併後の会社における共同決定に労働者が参加する手続に関する事項等が挙げられる⁸¹。なお、このような共同の合併計画書については、合併当事会社の双方に統一的な合併契約書等が必要となることから、もっとも厳格な加盟国の国内法の規定によることになる（累積的適用）。

また、各合併当事会社の経営機関または管理機関は、社員のために定められた報告書を作成し、国際合併の法律上および経済上の観点から説明し、社員・債権者・労働者に対する影響を説明する必要がある（国際合併指令7条）（配分的適用）⁸²。当該合併手続の重要なことの一つとして、合併報告書に関しては、独立した専門家の検査を受けることが挙げられる（国際合併指令8条）（配分的適用）⁸³。すなわち、独立の専門家が合併報告書を検査して、検査結果を報告書として社員のために作成した上で、当該合併について決議する社員総会の1カ月前に提出する必要がある。ただし、国際合併に参加する各当事会社の全ての株主が同意する場合、独立した専門家による合併計画書の検査や専門家の報告書を作成しないことが許容される（国際合併指令8条4項）。

次に、各合併当事会社は、原則として、国際合併に関する共同の合併計画書について、社員総会決議で承認する必要がある（国際合併指令9条1項）（配分的適用）。その際において、社員総会の承認決議は、合併報告書（国際合併指令7条）と検査報告書（国際合併指令8条）を受け取った後に、共同の合併計画書について承認の決議をすることになる。

81 このような法定記載事項は、EU 会社法第3指令5条とSE規則20条の規定を参考にして設けられている。

82 このような報告書の作成は、合併当事会社にとって追加的なコストのかかる作業であろう。ただし、経営機関による作業を効率的に行うことによって、雇用主と労働者間という会社内部の争いを回避できる可能性もある（Behrens, aa.O. (Anm. 75), S. 259）。

83 このような専門家による検査は、EU 会社法第3指令10条とSE規則22条において、既に導入されている規定である。

ただし、当該国際合併において、完全親子会社間の合併である場合は、簡素化された手続きとして、国際合併指令9条1項の社員総会の承認決議は、消滅会社である子会社において行われない場合がある（国際合併指令15条1項）。この他の簡素化された手続きとしては、90%以上の議決権株式を保有している会社が国際的な吸収合併を実行する場合、独立した専門家の報告書等の書類は、合併当事会社のどちらかに関係する国内法に規定されている限りでのみ必要とされる（国際合併指令15条2項）。

そして、各加盟国では、国際合併の適法性を検査する権限を有する国内裁判所等の当局によって、合併前の法律上の行為と手続に関する証明を行う（国際合併指令10条）（配分的適用）⁸⁴。その後の段階として、合併当事会社が共同の合併計画書に基づき遂行しており、労働者の経営参加に関する要件を満たしていることを確保することによって、存続会社が登記されている加盟国における国内裁判所等の当局は、合併手続を遂行する（国際合併指令11条・12条）⁸⁵。このことは、労働者の経営参加の遂行等が、存続会社の登記されている加盟国の状況次第とも言える。なお、各合併当事会社においては、社員総会で承認された合併計画書と検査証明書に関して、その発行後6カ月以内に、適法性を検査する国内裁判所等の当局に提出しなければならない（国際合併指令11条2項）（配分的適用）⁸⁶。

また、国際合併指令で重要なことのひとつとして、国際合併局面での存続会社の取締役会においては、労働者の共同決定が要求されるかどうかが問題となる。存続会社は、基本的に、存続会社が登記された加盟国で適用される労働者の共同決定の規制に従う（国際合併指令16条1項）。そこで、例えば、存続会社がイギリスで登記されている場合には、労働者の共同決

84 国際合併の適法性検査に関しては、合併当事会社が国境を超えているという特殊性に鑑みて、SE規則24条・25条と同様に、二段階で行われることになる（国際合併指令10条・11条）。

85 国際合併の効力の発生日としては、合併後の存続会社等が服する加盟国の法律に従うことになる（国際合併指令12条）。なお、当該合併は、国際合併指令11条における適法性の検査手続が終了した後に、通常は登記が行われて初めて有効となる（国際合併指令12条）。

86 なお、わが国の会社法制と比較して特徴的なこととしては、合併当事会社で承認される前後になされる手続であり、特に、①公共の利益に基づく合併の拒否、②共同の合併計画書の作成、③会社機関による合併報告書の作成、④専門家による合併計画書の検査等が挙げられる（早川・前掲注62）20頁以下参照）。

定の規制に従う必要はなく、ドイツで登記されている場合には、労働者の共同決定の規制に従うことになる。ただし、同条1項の一般原則に関しては、例外が存在しており、例えば、合併当時会社の少なくとも一社が、合併計画を公表する6ヶ月前に、平均して500人以上の労働者を雇用し、かつ、加盟国内に労働者の共同決定制度が存在している場合等においては、このような一般原則が適用されないことになる（国際合併指令16条2項）⁸⁷。

そこで、本指令で国際合併を実行する際に、労働者の経営参加規定を回避する場合があります⁸⁸。例えば、ドイツにおいては、国際合併を実行することが、ドイツ会社法の企業統治や労働者参加に関する規定等を回避する抜け穴になることが懸念されうる。他方で、他の加盟国において、国際合併を実行することが、効率的な企業組織再編の方法として認識されていない場合もありえる⁸⁹。例えば、イギリスにおいては、国際合併の手法よりも、国際的な公開買付による企業組織再編を好む傾向にあること等が挙げられる⁹⁰。ただし、SE規則・国際合併第10指令・SEVIC判決が登場した後の状況として、各加盟国は、それぞれの法域において、国際合併に対する一般的な禁止規定等を維持することはできないことに注意を要する⁹¹。

なお、SE規則と国際合併指令における労働者の共同決定制度では、いくつかの異なる点が生じている⁹²。例えば、国際合併指令においては、SEの労働者参加指令の手続規定を参照しているが、SE規則におけるように、

87 このような例外に関しては、存続会社に適用される法が、労働者の共同決定制度について、規制のより緩い基準を定めている場合に限定して適用すべきであるとも主張される。この点に関しては、Kallmeyer / Kappes, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC SYSTEMS und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, AG 2006, S. 224, 229.

88 なお、労働者の共同決定では、取締役会のメンバーを選任する権利を有するばかりではなく、取締役会のメンバーを推薦するか反対する権利をも有する。

89 Frank Wooldridge, *The 10th Company Law Directive on Cross Border Mergers*, 27 CO. LAW 309 (2006).

90 CHARLOTTE VILLIERS, *EUROPEAN COMPANY LAW – TOWARDS DEMOCRACY?* (1998).

91 国際合併指令等の実行までは、例えば、イギリスにおいては、イギリス人とイギリス国外の加盟国で登記を行った会社間の国際合併を規定する会社法等は存在していなかった。このような国際合併に対するイギリスのアプローチに関しては、Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Government response to the consultation on the Cross-border Mergers Directive* 参照。

92 Nagel, *Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung*, NZG 2006, S. 97, 98.

経営者と特別交渉委員会⁹³による共同決定の交渉手続は、強制的に適用されるものではない。その代わりとして、国際合併指令において、合併当事会社の機関では、事前の交渉をすることなく、標準規定に直接的に従うことを選択することができる（国際合併指令 16 条 4 項 a 号）。このような観点からすると、SE 規則における交渉手続は、多くの時間や労力等を要しうるのであり、国際合併指令の当該規定は、合併当事会社にとって魅力的な規定であるようにも思われる。

また、国際合併指令において、加盟国は、国際合併後の合併当事会社の管理・監督機関における労働者代表の割合を制限できる場合がある（国際合併指令 16 条 4 項 c 号）。このような場合、合併当事会社の管理・監督機関における労働者代表の割合は、3 分の 1 以上でなければならない（国際合併指令 16 条 4 項 c 号）。例えば、イギリス法人とドイツ法人が国際合併を実行する場合において、ドイツの労働者が、共同決定の保護を受ける限りにおいて、国際合併後の取締役会における労働者代表の数を 3 分の 1 に制限することができる⁹⁴。

さらに、この他の SE 規則との違いに関して、国際合併指令においては、国際合併後の存続会社に労働者の共同決定制度が適用される場合、当該存続会社は、国際合併が有効となってから 3 年間は、共同決定制度を保証する義務を負っている（国際合併指令 16 条 7 項）。他方で、SE 規則においては、労働者の共同決定制度を固定的に存続させる必要があることから、共同決定制度を排除することを念頭に置いた公開会社への組織変更は、手続上の濫用にあたり、SE 労働者参加指令 11 条に違反する可能性がある⁹⁵。このような観点から、国際合併指令における労働者参加をめぐるルールは、SE 労働者参加指令と比較すると、より柔軟な制度であり、時間を要する

93 国際合併に関連して、労働者が代表する特別交渉委員会が設置される場合がある（国際合併指令 16 条 3 項）。

94 この点に関連して、SE の労働者参加指令は、共同決定を導入するための労働者の割合や、管理・監督機関における労働者代表の数が多いとの批判があった。そのために、国際合併指令においては、合併後における会社の労働者の代表数を 3 分の 1 にまで引き下げている。

95 Behrens, a. a. O. (Anm.75), S. 259.

手続ではないことが想定されている⁹⁶。なお、本国際合併指令の重要な特徴としては、会社の本拠地を要求する要件が規定として存在しないことから、ある加盟国内で設立して、当該加盟国外に本拠地等を有する会社は、国際合併指令の規定の適用によって利益を享受できる可能性がある⁹⁷。

また、国際合併指令の重要な規定の一つとして、同指令に基づいて実行された国際合併においては、もはや事後的に合併無効であると判断されることはない（国際合併指令 17 条）。そこで、国際合併が効力を発生した後には、合併手続に瑕疵があった場合においても、国際合併の効力に影響を及ぼさないことになる。国際合併局面において、このような合併無効を認めてしまえば、様々な利害関係者に与える影響が予想以上に多大なものになる可能性が生じることを懸念しているからであろう。

なお、欧州委員会は、1997 年に、国境を越えた本拠地移転に関する EU 会社法第 14 指令案を提出していた⁹⁸。そこでは、準拠法決定の基準に関わらず、ある加盟国で設立された会社等の定款上の本拠地や事実上の本拠地が、会社の解散または新たな会社設立手続等を行うことなく、他の加盟国に移転することを想定していた⁹⁹。このような場合、本拠地移転先の加盟国は、本拠地移転を承認して、本拠地移転後の準拠法は、移転先の加盟国法であること等が規定されていた¹⁰⁰。

しかし、その後、EU 会社法第 14 指令案をもはや導入する必要はないことが決定されていた¹⁰¹。この点に関連して、間接的な手法ではあるが、同様の効果が、国際合併の活用等によって得られる可能性がある。すなわ

96 Pieper, *supra* note 61. なお、国際合併指令に関しては、国際合併の局面において、より柔軟な法的な基礎を提供しているが、他方で、SE 規則を活用する国際合併に関しては、企業の流動性という観点から、法的安定性の程度が高いとも指摘されている。

97 Rickford, *supra* note 80, at 1411.

98 Proposal for a Fourteenth European Parliament and Council Directive on the Transfer of the Registered office or De facto Head office of a Company from One Member state to Another with a Change in Applicable Law.

99 このような本拠地移転は、会社の組織等を変更せずに、ある加盟国から他の加盟国へ会社のアイデンティティを移転しうることになる (Clemens P. Schindler, *Cross-Border Mergers in Europe*, 1 E.C.F.R. 109, 117 (2006))。

100 Maureen Johnson, *Does Europe Still Need a Fourteenth Company Law Directive?*, 3(2) HERTFORDSHIRE LAW JOURNAL, 18 (2005).

101 http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm.

ち、他の加盟国に移転したい会社は、他の加盟国に会社を設立し、その設立した会社を存続会社として、既存の会社を消滅会社として合併を実行すれば、新しい加盟国において本拠地を置くことによって、本拠地移転と同じ効果が得られることになる¹⁰²。また、本拠地の移転に関しては、詳細な手続を経ることで、SE を活用することによっても達成することができる（SE 規則 8 条 1 項）¹⁰³。ただし、会社はこのような間接的な方法で本拠地移転を行うべきではなく、より直接的な方法で本拠地移転を活用すべきであり、国境を越えた本拠地移転に関する会社法第 14 指令を導入する必要があるとも主張されている¹⁰⁴。

5 開業自由と国際合併をめぐる欧州司法裁判所における判決¹⁰⁵

(1) SEVIC 判決¹⁰⁶

2002 年に、ドイツで設立された SEVIC Systems AG 社（以下、「S 社」という）は、自社を存続会社として、ルクセンブルクで設立された Security Vision Concept SA 社（以下、「SV 社」という）を消滅会社とし

102 Mathias M.Siems, *SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers*, 8 E.B.O.R. 307 (2007).

103 先述したように、SE は、一定の株主保護や債権者保護の規定に従った上で、解散手続や再設立手続を経ることなく、ある加盟国から他の加盟国に定款上の本拠地を自由に移転することができる（SE 規則 8 条 1 項）。この点が、国際合併指令と SE 規則との重要な違いの一つでもある。

また、SE 規則 8 条の手続に関する主要な制限は、SE の定款上の本拠地と事実上の本拠地が、同じ加盟国内に位置していなければならないことである（SE 規則 7 条）。他方で、この点に関する国際合併の会社法第 10 指令においては、定款上の本拠地と事実上の本拠地が、異なる加盟国内に位置してもよいことになる。これらの点に関しては、Wolf-Georg Ringe, *The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment*, 7 J.C.L.S. 185 (2007) 参照。

104 Eddy Wymeersch, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, 8 E.B.O.R. 161 (2007); Federico M. Mucciarelli, *Company "Emigration" and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited*, 9 E.B.O.R. 267 (2008).

なお、2013 年 1 月時点においては、国境を越える本拠地移転に関する新たな指令案について、欧州委員会と欧州議会で協議が行われている（http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm）。

105 開業自由をめぐる欧州司法裁判所における諸判決の詳細に関しては、Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004; Hülle / Gesell, *European Corporate Law*, 2006; Lutter / Bayer / Schmidt, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl., 2012 参照。なお、この点に関する国内文献としては、上田・前掲注 77) 599 頁以下参照。

106 Case C-411/03 SEVIC Systems AG v Amtsgericht Neuwied [2005] ECR I-10805. なお、SEVIC 判決に関する文献としては、Schmidt / Maul, *Niederlassungsfreiheit: Eintragung*

て、国際的な吸収合併を行う計画であった。当該国際合併の契約においては、S社の商号はそのまま、SV社が清算することなしに解散することで法人格を消滅させて、SV社からS社へ全ての財産の承継が行われる予定であった。ただし、合併手続について規定するドイツの組織変更法(Umwandlungsgesetz:UmwG)1条1項1号は、ドイツで設立されて本拠地を有する会社間の国内合併に対してのみ適用するものであった。当該規定により、ドイツにおいては国際合併が認められなかったことから、S社はルクセンブルクで設立されたSV社と当該合併を実行することはできず、本事案における合併の登記申請は、ドイツのNeuwied裁判所によって却下された。

そこで、S社は、Neuwied裁判所で却下されたことに関連して、このような合併登記の拒絶は、EU機能条約(旧EC条約)上の開業自由に違反すると主張して、Koblenz裁判所に異議を申し立てた。このような主張に対して、ドイツ政府は、ルクセンブルク法人であるSV社が合併を実行した結果として消滅しており、ドイツ法人であるS社は存続しているものであるから、国際合併の局面においては、会社法の調和化指令によってのみ保障され、EU機能条約上の開業自由に関して問題にはならないと抗弁した。このような状況において、ドイツ組織変更法1条1項が、EU機能条約49条(旧EC条約43条)およびEU機能条約54条(旧EC条約48条)の開業自由の規定に適合するかどうか疑わしいことから、当該裁判所は訴えの手続を停止し、開業自由の問題に関連して、合併登記に関するドイツ法の適合性を先決裁定により付託された。

そこで、欧州司法裁判所においては、以下のような判断が下された。まず、本判決のような国際合併の局面においても、開業自由の規定が適用さ

einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das nationale Handelsregister darf nicht verweigert werden-SEVIC Systems, BB 2006, 11ff; Lone L. Hansen, *Merger, Moving and Division Across National Borders – When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives*, (2007) 18 E.B.L.R. 181 や以下で掲載する論文参照。本判決に関する国内文献としては、丸山秀平「ドイツにおける企業法・会社法(7) 欧州司法裁判所ゼービックスシステムス判決」比較法雑誌 40 巻 2 号 187 頁 (2006)、今野裕之「EC 企業法判例研究 (116) EC における移動の自由の原則と国際合併」際商 36 巻 11 号 1504 頁 (2008) 参照。

れる。ドイツの組織変更法における当該制限は、EU 機能条約 49 条および EU 機能条約 54 条で保障される開業自由の権利に適合せず、国際合併に関する登記への包括的な拒否は、客観的な正当性を得られない。すなわち、合併当事会社の双方が同一の加盟国に設立されている国内合併の場合には、合併登記が可能であるにも関わらず、合併当事会社の一方が他の加盟国に設立されている国際合併の場合に、その登記申請を却下することは、EU 機能条約 49 条および EU 機能条約 54 条に違反する。このことは、ドイツ法人と他の加盟国の外国法人とで異なる取り扱いをして、不当に国内合併と国際合併を区別するものであり、開業自由の権利における制限を構成している。

そして、当該制限が、公共の利益に由来する不可避的要請に基づいて、正当化されうるかどうかについて審査した。債権者・少数株主・労働者の保護、効率的な税制上の措置の実効性、商取引の公平性の確保は、一定の条件の下で、公共の利益に由来する不可避的要請に該当して、開業の自由を制限することができる。しかし、ドイツの組織変更法は、国際合併の排除を含んでいることから、本判決においては、一律に登記申請を拒否しており、比例性の原則を適用して、追求されている目的を達成する際に必要かつ相当な範囲を超えているため、これを正当化することはできない。

なお、基本的な開業自由の権利行使を潜在的に阻止しうる規定は禁止されている。基本的な開業自由の権利は、他の加盟国へのアクセスや企業活動の追求を促進する全ての方法を網羅しているので、当該合併の状況は、開業自由の権利の下で一般的に言及される。また、国際合併を実行する代わりに、会社の解散や再設立手続を要求することは、合併当事会社に不必要な負担を課すものであり、国際的な企業組織再編行為を複雑にすることが示唆される¹⁰⁷。

107 なお、本判決の時点では、国際合併に関する EU 会社法第 10 指令が公布しておらず、EU 機能条約の違反はないという議論もなされていた。しかし、欧州司法裁判所は、このような議論を否定して、国際合併を困難にする加盟国の国内法は、開業自由に違反することと判断した。

(2) SEVIC 判決の研究

本稿で詳述はしないが、開業自由をめぐる欧州司法裁判所における判決で重要な Daily Mail 判決¹⁰⁸・Centros 判決¹⁰⁹・Überseering 判決¹¹⁰・Inspire Art 判決¹¹¹においては、EU 域内での企業の流動性をめぐる問題について判断している。本判決においては、このような諸判決とは異なり、初めて国際合併に関する問題を取り扱い、EU 機能条約 49 条および EU 機能条約 54 条が国際合併の局面において適用されるという解釈を示した点で重要な意義がある¹¹²。そこで、本判決の結果として、合併当事会社が国内で登記申請を行う場合、各加盟国は、基本的に国際合併に関する登記への拒否を行うことができなくなっている。

本判決では、合併当事会社の一方の加盟国であるドイツにおいて、国際合併の禁止をめぐる問題を取り扱っていた。欧州司法裁判所においては、国際合併が、EU 機能条約に基づく基本的な開業自由によって保護される企業組織再編行為であることを認識している点で重要である¹¹³。このような認識の後に、欧州司法裁判所は、ドイツ法が、開業自由の権利における制限を構成しているかどうかについて審査を行った。

基本的な開業自由の権利は、他の加盟国へのアクセスや企業活動の追求を促進する全ての方法を網羅している。Tizzano 法務官 (Advocate General) によると、本判決で問題となった制限は、EU 機能条約 63 条 (旧 EC 条約 56 条) で原則として禁止されている資本の自由移動への制限と

108 Case C-81/87, *The Queen v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust plc* [1988] ECR 5483.

109 Case C-212/97, *Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459.

110 Case C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, [2002] ECR I-9919.

111 Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.* [2003] ECR I-10155.

112 なお、Centros 判決・Überseering 判決・Inspire Art 判決の諸判決から明らかなこととして、EU 機能条約 49 条および EU 機能条約 54 条は、加盟国の国内法が、抵触法・実質法のどちらであれ、会社の自由な移動を不当に妨げることを認めていないことである。このような観点からすると、本判決は、諸判決の判例理論の流れに沿ったものであると言える。

113 このことは、EU レベルにおいて、企業の流動性や企業組織再編行為の進化という観点から積極的な意義を有する。なお、本判決において、EU 機能条約に基づく基本的な開業自由によって保護される国際合併の適用範囲には、存続会社と消滅会社の双方が含まれることが示唆される。

して見なされうると欧州委員会は認識していると主張した。なぜなら、国際合併の登記申請を拒否するという制限は、資本の自由移動への障害を課すからである。

続けて、Tizzano 法務官の指摘するように、Centros 判決でも言及された Gebhard 基準に照らし合わせると、問題となっているドイツの組織変更法が、会社設立地の違いによって異なる取り扱いをしていることから、本事案における国際合併は、Gebhard 基準の①差別措置の問題に関連している¹¹⁴。すなわち、当該合併当事会社が、ドイツ国内において設立された会社である場合には合併を認めるが、ドイツ国外で設立された会社である場合には合併を排除するという差別的な取り扱いをしているからである。ただし、欧州司法裁判所では、①差別措置の問題等に関連する Tizzano 法務官の見解を支持せず、差別と制限との間の厳格な区別という枠組みを採用しなかった¹¹⁵。

また、欧州司法裁判所では、流入 (Inbound・Entry・Zuzug) 型の国際合併と、流出 (Outbound・Exit・Wegzug) 型の国際合併とを区別しなかったことが指摘されている¹¹⁶。すなわち、SEVIC 判決においては、

114 この点に関しては、Ronfeldt & Werlauff, *supra* note 50, at 125; Ugliano, *supra* note 71, at 595 参照。なお、Gebhard 基準とは、Gebhard 判決で示された基準の 4 要件のことであり、①制限措置が、無差別に適用されていること、②公共の利益に由来する不可避的要請に基づいて、制限措置が正当化されていること、③制限措置が、追求する目的の達成確保のために適合すること (適合性)、④その目的を達成するための制限措置が、必要な範囲を超えていないこと (必要性・狭義の比例性) という 4 つの要件が満たされる場合、加盟国においては、開業自由の権利に対して、制限措置を採用することが可能となる (Case C-55/94, Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] ECR I-4165 (para 37))。

115 Schindler, *supra* note 99, at 114.

116 Kallmeyer/Kappes, a.a.O. (Anm. 87), S. 226; Peter Behrens, *Case Law, Sevic Systems AG, C-411/03*, C.M.L. REV. 1669, 1687 (2006)。ここで言及される流入型の国際合併とは、存続会社である国内会社が、消滅会社である外国会社と合併を実行する場合を意味する。逆に、流出型の国際合併とは、存続会社である外国会社が、消滅会社である内国会社と合併を実行する場合を意味する。流出型の国際合併の結果として、消滅会社である内国会社が、国内から退出することが可能となる。本判決では、単に「合併 (merger)」という用語を用いており、流入型の国際合併と流出型の国際合併とを区別している訳ではない。これらのタイプの国際合併に関しては、Aigner/Kofler/Tumpel, *Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht*, 2004, S. 47 ff.

存続会社の加盟国であったドイツ国内¹¹⁷で国際合併を妨げる規定を有しており、ドイツからは流入型の国際合併であることが認識される。しかし、会社を設立した加盟国であるドイツから退出することを望む国内会社による流出型の国際合併が、EU 機能条約 49 条および EU 機能条約 54 条と矛盾するかどうかに関して、本判決では言及されなかった。そこで、流入型の国際合併と流出型の国際合併は、表裏一体の関係であり、流出型の国際合併が許容されず、流入型の国際合併のみを許容することは、実質がないようなものであり、基本的な開業自由と矛盾しうるとも指摘される¹¹⁸。

そして、本判決において、Gebhard 基準における②の要件と関連して、ドイツ法による制限措置が、公共の利益に由来する不可避的要請に基づいて、正当化されうるかどうかにについて審査した。そこでは、債権者・少数株主・労働者の保護、効率的な会計管理の保証、商取引の公平性の確保は、一定の条件の下で、公共の利益に由来する不可避的要請に該当すると言及された¹¹⁹。

本判決の後では、Gebhard 基準の当該要件と関連して、ルクセンブルクにおいても、消滅会社となる際に、公共の利益に由来する不可避的要請に基づいて、当該制限措置が正当化されない規制を課することは許容されないことが主張される¹²⁰。例えば、消滅会社の所在する加盟国では、国際合併の結果として、支店が開設される加盟国ということになる。したがって、本判決によると、第二次開業の自由の権利行使に制限を課することが許容されない。なお、実際にも、本判決の存続会社である S 社は、当該合併において、消滅会社である SV 社に帰属する職員や財産等をルクセンブルク

117 ドイツにおける取り扱いに関しては、本国際合併が、ドイツ法人と合併する外国会社を禁止するばかりではなく、逆に、外国会社と合併するドイツ法人に対しても向けられる可能性があった。

118 Geyrhalter / Weber, Transnationale Verschmelzungen im Spannungsfeld zwischen SEVIC SYSTEMS und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, S. 146, 150. 他方で、本判決は、ドイツへの流入型をめぐる国際合併の事案ではあるが、本判決の適用範囲としては、流出型の国際合併にも及ぶとする見解もある (Angelette, *supra* note 40, at 1214-1215)。

119 欧州司法裁判所において、労働者の保護という観点で、公共の利益に由来する不可避的要請であることを繰り返し認識している。

120 Hansen, *supra* note 106, at 188.

に維持しており、二次的な海外のビジネス拠点として機能していた¹²¹。

また、会社の開業自由の権利は、会社設立を行う加盟国法によって定義される条件の下で、特に会社設立（formation）と経営（management）を含むものである。本判決では、会社設立に関する議論を取り扱わなかったが、経営に関して言及する状況のようにも思われた¹²²。すなわち、本判決の事案において、親会社である S 社と子会社である SV 社とのグループ企業内の親子会社間合併という状況であり、グループ経営の観点からの考察が可能であった。

そして、国内合併か国際合併かどうかで異なる取り扱いをすることは、国際合併を実行することを望む会社の開業自由の権利行使を妨げる可能性がある。そもそも本判決が判断される約 3 ヶ月前に、欧州議会は、国際合併に関する EU 会社法第 10 指令を採択していた¹²³。本判決の結果は、国際合併に関する EU 会社法第 10 指令の採択によって影響を受けた可能性はある。なお、国際合併に関しては、現在、EU 機能条約 49 条および EU 機能条約 54 条で保障される開業自由の規定の下で、直接的に実行されうることとなっている。

なお、本判決において、欧州司法裁判所では、ドイツ法人とルクセンブルク法人との公開会社間の国際合併について判断を下した¹²⁴。本判決が私会社への適用も認めているかどうかは不明な点が残っているものの、本判決において、私会社が排除されるべきという解釈を含むものでもないものと思われる。

また、本判決においては、協同組合・相互会社・財団等という EU 機能条約 54 条に含まれる他のタイプのような私法上の組織に対しても、より

121 ルクセンブルク法人であった SV 社は、ベルギーに支店を有しており、本国際合併の後において、当該支店も、結果として、存続会社であるドイツ法人の S 社の一部として機能することになった。

122 Gert-Jan Vossestein, *Companies' Freedom of Establishment after Sevic*, 3 E.C.L. 177 (2006).

123 2005 年 12 月 13 日に下された本判決の 2 日後の同年 12 月 15 日に、国際合併指令は公布された。

124 ただし、本事案においては、開業の自由に違反したのが、ドイツ法人なのか、ルクセンブルク法人なのか、それとも双方の会社なのか、必ずしも明らかではない。

広範な影響をもたらす可能性がある¹²⁵。そこで、資本金会社間の国際合併においては、EU 会社法第10指令に基づいて実行されうるが、協同組合・相互会社・財団等という他のタイプの企業形態間の国際合併に関しては、本判決の観点からすると、EU 機能条約54条のような基本的な開業自由の権利から可能であると判断される可能性もある¹²⁶。したがって、本判決においては、資本金会社間の国際合併に加えて、協同組合・相互会社・財団等という他のタイプの企業形態間の国際合併を含むことを想定する場合、EU 会社法第10指令よりも適用範囲が広い可能性がある¹²⁷。ただし、このような議論が、国際合併指令を必要としないという結論を意味する訳ではないであろう。むしろ、国際合併指令が存在しない場合、どのような手続上のルールで国際合併を実行できるかが不透明となり、法的安定性という観点からは、好ましくない状態が導かれうる¹²⁸。結果として、本判決においては、より効率的な開業自由の権利行使を可能にしたことで、EU 域内市場における会社の組織再編を促進するという観点から重要な意義を有している。

Ⅲ 結び

以上では、EU における会社従属法と国際合併をめぐる議論を中心に紹介および検討を行ってきた。まず、EU における会社従属法に関しては、設立準拠法主義と本拠地法主義を採用する加盟国が伝統的に分かれている。開業自由をめぐる欧州司法裁判所における諸判決では、結論として、EU 機能条約における開業自由の権利を尊重するという点で一致している。ただし、諸判決で異なる重要な点として、EU 加盟国の国内法による

125 Pieper, *supra* note 61, at 173. なお、加盟国は、協同組合が参加する国際合併において、国際合併指令を適用しないことを決定することができる（国際合併指令3条）。

126 なお、EU 機能条約54条においては、公開会社と私会社とを区別している訳ではない。

127 Weiss / Wöhlert, Die 'SEVIC -Entscheidung' des EuGH 'sudden death' für Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spaltungen?, 13 WM 2007, 580 at 583.

128 Grohmann / Gruschinske, Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, 4 GmbHR 2006, 191, 194.

開業の自由の制限について、①国内法による制限を認めている場合と、②認めていない場合が存在している。結果として、①の場合は、EU 機能条約に違反しないと判断しているが、②の場合は、EU 機能条約に違反すると判断している。

このような諸判決間の判断の違いによって、様々な議論がなされているが、本拠地法主義を採用している各加盟国においても、全体として、本拠地法主義への再考が迫られており、設立準拠法主義を尊重する方向性にあるように思われる。

次に、国際合併に関する EU の議論として、そもそも EU における国際合併の法的根拠としては、①国際合併に関する EU 会社法第 10 指令・② SE を活用する国際合併規則・③欧州司法裁判所で判断された SEVIC 判決に基づく EU 機能条約の規定という 3 つが挙げられる点が重要である。

本稿で検討した全ての判決は、結論として、EU 機能条約における開業自由の権利を尊重するという点で一致している。そこで、ある加盟国において適法に設立された会社は、経営統括の中心地・主たる営業所等をいずれの加盟国に置かに関係なく、設立地を自由に選択できる権利を有している。このことは、会社の原始設立の自由に加えて、一度設立された会社等が、定款上の本拠地・経営統括の中心地・主たる営業所を他の加盟国に自由に移動することもできることを意味する¹²⁹。

その中でも、本拠地移転等をめぐる争いに関連する類型としては、SEVIC 判決等でも言及されていたように、①国内会社の外国への流出型と、②外国会社の国内への流入型とが分類して考察される場合がある。このような場合に、SEVIC 判決については、②外国会社の国内への流入という側面から議論がなされうる。そこでは、EU 加盟国の国内法による開業の自由の制限について、国内法による制限を認めておらず、EU 機能条約に違反すると判断している。

SE に関しては、法人格を有する SE と呼ばれる EU 域内で自由に活動

129 上田・前掲注 77) 641 頁参照。

できる公開有限責任会社の新しい会社形態を設立することが可能となる。SEの創設は、EUの単一市場に適合するような国境を越えた企業組織再編行為に活用されることから、異なる加盟国間の国際合併を可能にしている点が重要である。

EU会社法第10指令（国際合併指令）においては、SE規則に基づいて創設されているものの、さらに改良が加えられており、国際合併指令が、公開会社と私会社の双方に適用されるという点で、SE規則よりも適用範囲が広いことになる等の相違が見受けられる。

なお、本稿の観点から、EUの国際合併において特徴的なこととしては、EU会社法第10指令とSEを活用する国際合併においては、どちらにおいても、株主や債権者の保護手続・合併の適法性審査等において、各合併当事会社の従属法が配分的に適用されることが規定されている点が挙げられる（国際合併局面における配分的適用）。このような配分的適用の見解が、わが国における直接的な国際合併の議論をめぐる解釈論および立法論を考慮する際にいて、有益な比較法的考察への示唆を与えるように思われる¹³⁰。

130 EUの議論から示唆を得た上でわが国における具体的な適用等については、別稿において検討することにする。方向性としては、直接的な国際合併の局面において、合併契約・株主総会における合併契約書の承認・株式買取請求権・債権者保護・合併無効の訴えと合併差止の訴え等の諸論点を取り上げて、配分的適用説や累積的適用説も参考しつつ、解釈論および立法論を展開していく。